

26900"F.P.O. C/ PODER JUDICIAL S/PROCESO SUMARIO DE ILEGITIMIDAD EMPL.PUBLICO"

La Plata, 2 de junio de 2014.

AUTOS Y VISTOS: La presente causa caratulada: "F.P.O. C/ PODER JUDICIAL S/ PROCESO SUMARIO DE ILEGITIMIDAD EMPL.PUBLICO", en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, de los que:

RESULTA:

1. Que a fs. 342/376 se presenta el Señor F.P.O., mediante apoderado, promoviendo acción contencioso administrativa contra la Provincia de Buenos Aires (Suprema Corte de Justicia la Provincia de Buenos Aires), en los términos del art. 12 inc. 1° del Código Contencioso Administrativo, para que se anule la Resolución Nro. 3664/12, del día 19XII2012, dictada en el Expediente Administrativo P.G. N° 039/11, en cuanto dispuso la sanción expulsiva de cesantía al actor, Prosecretario de la Suprema Cortes de Justicia, con funciones en el Departamento de Policía Judicial de la Procuración General, se lo restituya en el puesto de trabajo donde prestaba servicios o jerárquicamente análogo; y se reconozcan los salarios dejados de percibir desde su suspensión preventiva del día 12VIII2011, hasta su reincorporación.

Relata que el día 19VII2011, se inició de oficio una información sumaria que tramitó por el Expediente PG N° 039/11, a raíz de la publicación efectuada por el diario "El Día" del 19VII2011 que diera a conocer los hechos denunciados el día anterior por el Agente Fiscal Leandro D. Heredia, en conferencia de prensa ante diversos medios, quien desempeñaba funciones en la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio descentralizada de Presidente Perón. Por la misma, el nombrado denunció haber recibido presiones del actor, centrándose los hechos en la sugerencia por encomienda de sus superiores, que habría efectuado F., a la renuncia al cargo de Fiscal, con miras de evitar ir a la cárcel, tras su segura destitución por el Jurado de Enjuiciamiento que iniciara la Procuración General (SJ N° 143/11).

Señala que inicialmente se instruyó por el Fiscal General Departamental una información sumaria obteniendo e incorporando como único elemento de cargo gravitante unas supuestas grabaciones efectuadas con cámara oculta por el Fiscal denunciante, sin previa autorización judicial. Dicho irregular proceder, fue aceptado por la Procuración, nunca saneado en razón de la ilegitimidad de origen, es decir con clara afectación de sus garantías constitucionales.

Respecto de esta prueba de cargo, afirma que el perito Forte (fs. 236/58) dejó determinado de antemano que, al no preservarse el archivo original dentro de la cámara donde se filmó, o dispositivo donde se grabó el audio, asegurándose de manera legal la preservación de la evidencia inalterada dentro de su soporte original, no es posible dar categórica certeza respecto a su falta de manipulación.

Sin quita de mantener la negativa a su existencia y autenticidad al contenido que aparece desgravado, y del cual surgirían diálogos de índole privada mantenidas dentro de la esfera de

intimidad entre el actor y el Sr. Fiscal, manifiesta que en la misma sólo se trasuntarían conversaciones mantenidas en un plano de confianza dentro de la esfera de reserva absoluta y por ende ajenas sin permiso de autoridad competente a la intromisión de terceros; sobremanera donde se lo utiliza en su perjuicio por la Procuración para arribar a una sanción que – a su entender deviene nula, dada la ilegitimidad de origen.

No obstante cuestionar su invalidez desde el principio de las actuaciones sumariales, nunca mereció respuesta hasta el presente.

Relata que posteriormente se dispuso su suspensión preventiva y se transformó la información sumaria en el sumario administrativo N° P.G. 039/11, trámite en el cual, según afirma, se le confirió vista con la finalidad de ejercer su defensa.

Allí se le imputó por los sumariantes el hecho de: 1°) Haber prestado colaboración y asesoramiento o gestionar contactos en pos de lograr resultados que favorecerían en forma ilegal al Agente Fiscal en los procesos en trámite donde este último está involucrado (SJ N° 143/11: denuncia formulada por la Procuradora General e IPP N° 8357/10 en trámite por ante el Dpto. Jud.. Quilmes); y 2°) Haber comprometido el buen nombre y honor de altos funcionarios de la Procuración General, con exponencial repercusión en la opinión pública, de modo que su actuar significó el menoscabo en el decoro de la función judicial que lleva a cabo y además puso en juego la honestidad y prestigio de funcionarios de ese Ministerio Público; lo cual configuraría una Inconducta Grave (arts. 11 inc. "d" Res. 1233, texto mod. Res. 648/07 PG).

En contra del sumario y su resolución, el actor planteó sus agravios impugnando lo que considera vicios del procedimiento consistentes en la incorporación viciada de las pretensas grabaciones efectuadas con cámara oculta por el Agente Fiscal, de unas conversaciones de índole privada, lo cual torna nula la resolución arribada, precisamente por su ilegitimidad de origen.

Sostiene en síntesis que la Resolución Nro. 3664/12 (19XII2012) es nula por violar las prescripciones de los artículos 103 y 108 del Decreto Ley 7647/70, presentando vicios: a) en la forma, por no haberse dictado respetando el procedimiento legalmente establecido (art. 41 de la Resolución N° 1233/01); b) en su objeto, por cuanto no se ajusta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; c) en su finalidad, en tanto se lo sancionó, sin considerar las graves irregularidades que determinan la nulidad del procedimiento seguido y d) en su motivación o causa, puesto que no existen antecedentes que justifiquen su emisión, agregando que el elemento tomado en consideración para reprocharle la conducta administrativa sólo reposa en las grabaciones, tornando insanablemente nulo todo lo actuado a partir de su inhábil incorporación; más allá que no está probada cual sería concretamente la conducta reprochada y, asimismo, que el acto carece de fundamentos de derecho.

Finalmente, ofrece prueba, deja planteado el caso federal (art. 14 de la ley 48) y solicita se haga lugar a la demanda conforme a su pretensión.

2. Que a fs. 402/13 la Fiscalía de Estado, en su contestación de demanda, alega respecto de la improcedencia de la pretensión deducida en autos, solicitando su rechazo.

Argumenta acerca de la legitimidad del acto administrativo cuestionado y señala que las decisiones impugnadas no merecen reproche alguno, en tanto fueron dictadas de conformidad con las normas aplicables al caso. Sostiene que mediante los actos cuestionados en autos la Procuración General de la SCBA no ha hecho otra cosa que ejercer su facultad disciplinaria ante la comisión de una falta, aplicándole la sanción expulsiva al actor por constatarse un apartamiento de las funciones que le fueran encomendadas, que se circunscribía a colaborar con la restante Fiscal (Dra. La Rocca) de la Unidad Descentralizada de Presidente Perón.

Recalca que se acreditó suficientemente que el actor colaboró y asesoró, en miras de favorecer ilegalmente a un Agente Fiscal (Heredia), así como coetáneamente con ello, faltó el respecto y cuestionó la honestidad a sus superiores en el ámbito de Procuración General. Ello se corroboró con las conversaciones desgrabadas e imágenes aportadas por el propio Fiscal en la IPP N° 15.276/11, que ahora tramita en la UFI10 en el Departamento Judicial Mar del Plata (fs. 190/231, del Sumario), tenidas como elemento de juicio suficiente en un procedimiento de naturaleza disciplinaria.

En cuanto al trámite procedimental base en la que se sustenta la pretensión anulatoria, sostiene que ningún reproche merece la actividad desplegada por el Ministerio Público en el sumario que culminara con la sanción expulsiva dictada por el Máximo Tribunal, en la tarea de sumariar y sancionar la infracción disciplinaria cometida por el accionante. Sostiene que en el caso de autos la facultad disciplinaria ha sido legalmente ejercida por la Procuración General, motivo por el cual, debe respetarse la legitimidad de la decisión adoptada, en el marco de discrecionalidad que le asiste al Máximo Tribunal Provincial como cabeza del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

Entiende que la revisión de los actos administrativos dictados por el Poder Judicial en ejercicio de las facultades de superintendencia es limitada, y señala que según la doctrina jurisprudencial prevaleciente, las decisiones de la Corte, dictadas en ejercicio de facultades de Superintendencia, son irrevisables judicialmente, siempre que exista un procedimiento, en el que se haya instruido el pertinente sumario con la debida intervención de la parte interesada.

Respecto a la videograbación de conversaciones mantenidas en un ámbito de reserva privado como el alegado por el actor, sostiene que al haberse efectuado la misma en un ámbito público, por dos funcionarios de esa condición; no da derecho irrestricto a mantenerlas fuera del ámbito de su principal (Procuración General), lo cual permite concluir en la ausencia de afectación de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados. Entiende que hay probanzas que permiten corroborar, a los fines disciplinarios, mantener la validez de la sanción expulsiva dispuesta en su perjuicio. Niega toda circunstancia de hecho que no resulte de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas agregadas en autos, ofrece prueba y plantea la existencia de cuestión constitucional.

3. Que encontrándose agregados los alegatos de ambas partes (fs. 418/26 y fs. 402/13), se llaman autos para dictar sentencia, y –

CONSIDERANDO:

1. Atento al modo en que ha quedado delimitada la contienda de autos, entiendo que la cuestión central traída a debate se dirige a establecer la legitimidad de la sanción impugnada. Es decir, efectuar el debido control de juridicidad del obrar administrativo a través del análisis del caso planteado.
2. De las constancias del sumario administrativo surge que:
 - 2.1. Ante la denuncia formulada en conferencia de prensa por el Agente Fiscal Dr. Heredia, quien dijo haber recibido presiones por parte del actor para que renunciase, se inició de oficio el procedimiento de información sumaria (fs. 1/2; art. 7° Res 1233/01 P.G.), que fuera llevado a cabo por el Fiscal General Departamental, quien acopió la denuncia presentada tanto por F. frente al Fiscal (fs. 20/21), como la del Heredia respecto al actor (fs. 78/96).
 - 2.2. Ratificada y ampliada la denuncia (fs. 188/189); designó instructores (fs. 162); suspendió preventivamente al actor (fs. 154/56 y fs. 176) luego prorrogada a fs. 286, rechazando los recursos administrativos que el peticionario interpusiera (fs. 299/301).
 - 2.3. Con la prueba colectada, visto el informe de fs. 273/78, se transforma en Sumario Administrativo, recibándose declaración al imputado (fs. 279), y formalizándose la imputación por los cargos descriptos (fs. 283).
 - 2.4. Conferido traslado para que formule su descargo (fs. 284), el sumariado efectúa el mismo (fs. 293/98) solicitando su absolución y reincorporación.

En su defensa señala la nulidad de lo actuado, fundada en a) la existencia de normas penales "en blanco"; b) la inadmisibilidad de la prueba (grabaciones y video filmaciones) viciadas en su origen, teniendo en cuenta la propia labor del Ingeniero Forte que hecha dudas bastantes sobre la falta de preservación del material original, cuya copias se habrían desgrabado en autos con clara afectación de garantías constitucionales elementales; c) La inexistencia o imposibilidad de coacción frente al Fiscal, así como el asesoramiento a éste a fin de obtener ventajas ilegales en su beneficio; d) Ausencia de afectación al buen nombre u honor de altos Funcionarios del Ministerio Público Provincial, cuya prueba de cargo insiste sería el producto de grabaciones efectuadas de forma subrepticia o solapada de expresiones que habrían sido vertidas en un marco de reserva, confianza, e intimidad, violados sin forma alguna de juicio; manteniendo la recusación que formulada respecto a la falta de parcialidad para gestionar el procedimiento que culmina con la sanción expulsiva, por los miembros del Ministerio Público para juzgarlo en atención a la inusitada dimensión pública que adquirió la denuncia efectuada tanto por el Fiscal, como por sus superiores en la Procuración General.

- 2.5. Desestimado su ofrecimiento de prueba (fs. 299/301), se produjo el informe definitivo de los instructores (fs. 304/313), elevando el Fiscal General las actuaciones (fs. 314/16) y haciendo suyos los argumentos de aquellos.
- 2.6. Pasadas las actuaciones a consideración de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, se dicta resolución (Resol. 160/12, fs. 328/339), aplicándole la sanción

expulsiva de cesantía por infracción a la normativa en que se funda (arts. 67 inc. "e" y "g" del Ac. 2300; 11 inc.

"d"; "e", "g" y "k" del Ac. 3354; 46 de la Res. 1233 P.G.).

2.7. Notificado de la sanción impuesta (cédula de fs. 343), el actor interpuso la presente acción.

3. Debido proceso y sumario administrativo:

3.1. A modo de introducción, es necesario destacar que en el procedimiento administrativodisciplinario resultan de aplicación inexcusable las garantías constitucionales que hacen al debido proceso.

Ello así, toda vez que el procedimiento administrativo para la imposición de una sanción presupone el respeto ineludible al citado principio, que "se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del ordenamiento jurídico" (cfr. Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", 1995, T. I, cap. V, pág. 10). Su recepción constitucional en nuestro sistema jurídico, a través de la garantía de defensa en juicio, restringió, quizás inadvertidamente, en forma literal, el alcance del concepto del due process of law, apartándose de su fuente norteamericana y limitándolo a sólo una de las hipótesis de conflicto posibles, ocasionando así un esfuerzo interpretativo adicional, no sólo en el plano jurisprudencial, sino incluso en el legislativo, en lo que al procedimiento administrativo se refiere (Tawil, "El debido proceso adjetivo, la XIVª enmienda y la defensa del particular frente a la administración en jurisprudencia norteamericana", ED 125882).

La doctrina ha expresado que el "debido proceso legal" es una garantía constitucional innominada (art. 33, C.N.) en virtud de la cual, todo acto estatal ley, sentencia o acto administrativo debe ser el resultado de un conjunto de procedimientos que hay que cumplir no sólo para que éste sea formalmente válido aspecto adjetivo del debido proceso, sino también para que se consagre una debida justicia aspecto sustantivo del debido proceso (Linares, J.F. "Razonabilidad de las leyes", Bs. As., 1970, pgs.12/13).

El procedimiento administrativo presupone el respeto ineludible al citado principio, que "se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del ordenamiento jurídico" (cfr. Gordillo, op.cit, T. I, cap. V, pág. 10).

3.2. Por su parte, la CSJN ha decidido en diversas oportunidades que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios (Fallos 125:10, 127:374, 129:193, 134:242, 193:408, 198:467, 237:193, 297:134, 310:410), incluyendo los procedimientos seguidos ante tribunales administrativos (310:1797, 310:1042, entre otros); en concordancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que afirmó "Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya

decisión pueda afectar los derechos de las personas” (Caso “Baena, Ricardo y otros”, sent. del 2II2001).

Desde esta perspectiva axiológica, el procedimiento administrativo constituye siempre una garantía jurídica, en virtud de la cual la Administración no puede denegar un derecho sin cumplimentar los pasos establecidos al efecto por la normativa de fondo y, en este caso puntual, de forma, respetando al efecto el principio fundamental del debido proceso adjetivo y la defensa del ciudadano, consagrados en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Provincial.

3.3. En ese sentido, la Corte IDH, en el citado caso Baena, resolvió la aplicación del elenco de garantías contenido en el art. 8 del Pacto, a todo procedimiento administrativo sancionador, al expresar que “es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva” (Corte

IDH, Causa “Baena”, ya citada, Consid. 106).

En el Fallo el Tribunal expresó que: “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...El individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”; añadiendo que: “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados” (Corte IDH, Causa “Baena” ya citada, Consid. 125 y 126, criterio que también afirmara en el caso “Del Tribunal Constitucional”, sent. del 31I2001; y luego en el caso “Ivcher Borenstein”, sent. del 6II2001).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos que la frase "...en las condiciones de su vigencia" establecida en el citado precepto constitucional significa "tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación", agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, señalando finalmente que, "en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno federal, le corresponde en la medida de su jurisdicción aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional" (Corte Suprema, causa "Giroldi", Fallos 318:514, consid. 12).

Posteriormente, la Corte hizo extensiva dicha regla hermenéutica a las opiniones vertidas en los informes emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte Sup., causa "Bramajo, Hernán J.", del 12/9/1996, consid. 8).

4. Sentado ello, advierto en autos la existencia de una serie de irregularidades que seprodujeron en el curso del procedimiento, que afectaron gravemente el derecho de defensa del imputado y que, por su entidad, merecen un ineludible análisis.

En particular, destaco la incorporación como único elemento de prueba en contra del imputado de grabaciones de audio y video el cual fue valorado con inusitada entidad, para erigirse en el excluyente elemento de juicio que sustenta la resolución en crisis, sin que haya sido obtenido con autorización de juez competente, así como la ausencia de dictamen jurídico previo y falta de motivación suficiente acerca de la aplicación de la sanción mas gravosa (expulsiva), cuando bien pudo aplicar una pena de tipo correctiva frente a otras.

4.1. Legalidad y Admisibilidad de la prueba.

Para arribar al dictado de la Res. Nro. 3.664/12 de la Suprema Corte de Justicia, la administración sumariante tuvo como principal y fundante elemento de imputación las grabaciones y/o videos filmaciones efectuadas con cámara oculta por el Fiscal Dr. Heredia, quien habría registrado supuestos diálogos mantenidos con el imputado en diversas oportunidades y en su despacho de la UFI Descentralizada de Presidente Perón, del Departamento Judicial La Plata.

Varios son los embates del actor respecto de este material probatorio:En

primer lugar, desconoce absolutamente su contenido y autenticidad.

Luego, plantea la inconstitucionalidad de la incorporación de tal material probatorio, en tanto –según sostiene dichas grabaciones no fueron autorizadas ni controladas por autoridad competente en el marco de una investigación penal, vulnerando la prohibición de declarar contra sí mismo y el derecho a la privacidad e intimidad.

Destaca, que las declaraciones que se le imputan fueron obtenidas en un evidente ámbito de confianza, dentro de una esfera de reserva y privacidad.

Pero además de ello, afirma que quien efectuó tales grabaciones y las reprodujo en diversos ámbitos, no resultó ser una simple víctima de un delito, quien se viera en la inmediata necesidad de constituir prueba para proveer a la defensa de sus derechos. Por el contrario, sostiene que de las desgravaciones incorporadas en el expediente, surge que el Dr. Heredia actuó de un modo interesado, provocando las conversaciones que se habrían producido en su despacho, para luego colocarse en el papel de víctima, a efectos de obtener un mejor posicionamiento frente a las denuncias que se habían incoado en su contra.

4.2. Los embates efectuados por el peticionario a las grabaciones y video filmaciones, son –a mi entender certeros y determinantes a la hora de valorar no sólo la legalidad del procedimiento, sino también, la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción impuesta:

Recordemos que en base a los principios constitucionales supra indicados de ineludible aplicación en el procedimiento administrativo sancionador y la especial protección constitucional con la que cuenta el trabajador, sea público o privado –dado que la Constitución no hace distinciones (art. 14 bis de la CN), no es posible permitir la pérdida absoluta de un derecho de tal magnitud mediante la valoración de un elemento de cargo del que no es posible afirmar su autenticidad.

En efecto, la pericia realizada por el perito Lic. Antonio Forte sobre el material de grabación (fs. 238/58, del sumario administrativo), si bien expresó que “no se observan saltos ni cortes ni agregados visibles”, destaca que: “no se es posible dar certeza categórica respecto a la manipulación o no de estos archivos digitales. Para poder aseverar la no edición hubiera sido necesario preservar el archivo original dentro de la cámara donde se filmó o dispositivo donde se grabó el audio y asegurar los mismos de manera legal en el propio momento de finalizar las grabaciones, asegurándose así la preservación de dicha evidencia inalterada...”.

Esta deficiencia en la obtención del material probatorio se complementa con el hecho de que las grabaciones fueron manipuladas y reproducidas por parte interesada, quien aportó las “copias del CD” a la instrucción para la iniciación del sumario (fs. 352 vta., ptos. 11.a), desconociéndose siquiera el destino de los originales.

Resulta claro que de haber requerido el denunciante la intervención del órgano judicial competente, tal como lo afirma el perito Forte, se habrían evitado las irregularidades apuntadas, dado que ello hubiera posibilitado en el marco de una investigación penal sin quebranto de las garantías constitucionales que un tercero imparcial controle y preserve el material obtenido en tales circunstancias.

No está demás está resaltar que dicho irregular proceder no pudo serle ajeno o desconocido para el Agente Fiscal a la postre denunciante (arts. 18 CN; 15 Const. Pcial y 20 C.C.), y que las grabaciones fueron efectuadas en al menos seis oportunidades distintas, de donde adquiere

relevancia la cuestión vinculada a la falta de inmediatez y de racionalidad en el medio empleado en la obtención del material probatorio.

Es que si bien se encuentra discutida la validez constitucional de la incorporación en el proceso de las pruebas de video filmaciones obtenidas sin autorización, ni control judicial, entiendo que no corresponde afirmar dogmáticamente una solución invariable, pues es necesario atenerse a las circunstancias fácticas de cada caso en particular.

En ese sentido, se ha afirmado la validez de las filmaciones obtenidas por quien resultara víctima de un delito en curso de comisión, y que, dada la inmediatez de la situación, lograra captar los hechos registrándolos de algún modo en formato de audio o de video. Allí no cabrían dudas respecto de la legítima actuación de la víctima, y de la admisión de dichas pruebas en el proceso (conf. Tribunal de Casación Penal, Sala II, Causa N°. 3036, sent. del 8IX2005).

Sin embargo, claramente no es ese el caso que nos ocupa. El denunciante actuó predisponiendo e instigando al declarante a conversar acerca de su situación laboral y procesal, en un ámbito de aparente privacidad y confianza mutua.

En este sentido, los testigos Larocca, Dipascual, Cassani y Mártire, refieren que entre F. y Heredia existía una relación amistosa o de confianza, en virtud de un conocimiento previo en otro ámbito laboral.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el derecho a la privacidad encuentra su fundamento en el art. 19 de la C.N. y comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física, tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento (conf. Corte Sup., "Ponzetti de Balbín v. Editorial Atlántida S.A.", Fallos 306:1892).

El papel de la víctima tuvo un rol fundamental en la obtención de las manifestaciones autoincriminatorias que se le reprocharon en el sumario a F., pues no sólo generó las circunstancias propicias para ello, sino que además indujo a su interlocutor a llevar adelante averiguaciones acerca de su situación personal (ver en especial la transcripción de audio N° 14, de fs. 245/249 del sumario).

Parte de esta conversación fue escuchada por el Secretario de la Fiscalía, Dr. Mártire, quien afirmó, en calidad de testigo citado en el sumario, que en un momento ingresó al despacho del Sr. Fiscal y escuchó a Heredia preguntarle a F.: "que garantías me dan que la causa penal me la saquen" y F. le respondió: "ninguna, te averiguo para el lunes" (fs. 200/202 del sumario).

4.3. De allí que le asiste razón al accionante en cuanto sostiene que las grabaciones devienen ilícitas, dado que la supuesta víctima de su accionar generó el ámbito propicio para llevarlo a mantener conversaciones de índole privadas, sin control alguno del órgano judicial competente y en reiteradas oportunidades, todo lo cual supera injustificadamente el criterio de la subsidiariedad de la legítima defensa. Es decir: "si existe la posibilidad de que la actuación estatal evite la agresión de forma efectiva, la víctima de la agresión debe concurrir a los órganos estatales para que cumplan

con el rol que le es propio y así evitar la afectación del bien jurídico” (TCP, Causa 3036, Sent. del 8IX2005)”.

A mayor abundamiento, señala Agustín Gordillo, que: "Cabe rechazar la admisibilidad de cualquier tipo de prueba producida ilegalmente, a fin de no contribuir a crear un sistema policíaco en el cual la autoridad se vea alentada a grabar clandestinamente conversaciones telefónicas privadas, a fotografiar y filmar clandestinamente a los individuos [...] Por ello estimamos que el principio de la verdad material cede ante un principio superior y de orden público, que hace al resguardo de la libertad personal y de la moral pública” (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, FDA, año 2004, Tomo 4, VI19).

4.4. Por las razones expuestas, sostengo que la Resolución 3664/12 de la SCBA deviene nula, en tanto se sustentó principalmente en las citadas grabaciones de las que no es posible asegurar su autenticidad, ni fueron autorizadas o controladas por juez competente, las que se desarrollaron en un ámbito de privacidad y confianza mutua entre los interlocutores; todo ello con evidente quiebre al derecho a la privacidad y al principio de inocencia (art. 18 y 19 de la CN).

5. Ausencia de dictamen jurídico previo:

Asimismo, toda vez que la decisión cuya nulidad se solicita representa una declaración de una autoridad pública en ejercicio de funciones administrativas que proyecta sus efectos en forma directa e inmediata sobre el reclamante, al modificar el estado de cosas anteriores a su dictado, comporta un acto administrativo, de modo tal que deviene necesaria la existencia de dictamen jurídico previo a su emisión (conf. SCBA: “Club Estudiantes de La Plata”, Causa: B64.413).

Ello no implica un mero ritualismo, ni una práctica burocrática, dado que la ausencia del dictamen jurídico compromete la garantía del debido proceso adjetivo, circunstancia que por si misma habilita la declaración de nulidad peticionada (art. 15 de la CPBA; ver asimismo Comadira, Julio R. “Derecho Administrativo”, Ed. Lexis Nexis, Año 2003, pág. 19).

Tampoco podría alegarse que al no existir previsión normativa o reglamentaria expresa, no existiría obligación a su respecto pues, de conformidad a lo señalado por la Suprema Corte de Justicia provincial, su exigencia trasunta la garantía del debido proceso, dada por el derecho del particular a obtener una resolución fundada.

Por tal razón se torna exigible en todo procedimiento disciplinario o sancionador, pues de lo contrario se “compromete la garantía de la defensa en juicio y afecta al accionante a quien debe reconocérsele el derecho a una decisión adoptada con el debido cuidado hacia los recaudos técnicos que aseguren una suficiente fundamentación de los que se decide” (SCBA, Causa: “Club Estudiantes de La Plata”, ya citada).

6. Proporcionalidad de la sanción:

Sin perjuicio de que lo precedentemente expuesto resulta motivo bastante para admitir la demanda, corresponde ingresar en el planteo relativo a la existencia de un exceso de punición.

Para ello conviene recordar que las faltas tenidas por ciertas en el sumario son las siguientes: 1) Haber prestado colaboración y asesoramiento o gestionar contactos en pos de lograr resultados que favorecerían en forma ilegal al Agente Fiscal en los procesos en trámite donde este último está involucrado (SJ N° 143/11: denuncia formulada por la Procuradora General e IPP N° 8357/10 en trámite por ante el Dpto. Jud.. Quilmes); y 2) Haber comprometido el buen nombre y honor de altos funcionarios de la Procuración General, con exponencial repercusión en la opinión pública, de modo que su actuar significó el menoscabo en el decoro de la función judicial que lleva a cabo y además puso en juego la honestidad y prestigio de funcionarios de ese Ministerio Público; lo cual configuraría una Inconducta Grave (arts. 11 inc. "d" Res. 1233, texto mod. Res. 648/07 PG).

Las normas que rigen el juzgamiento de las infracciones disciplinarias imputadas al accionante son: la Resolución 1233 de la Procuración General y el Acuerdo 3354 de la SCBA, conf. Resolución N° 648/07 de la Procuración General.

La regulación mencionada establece sanciones correctivas y expulsivas, para aquellas faltas en que incurrieran los funcionarios y empleados, cuando con ellas se viera vulnerado la dignidad y el prestigio del Poder Judicial.

Varias son las razones para considerar que ha existido en el supuesto de autos una desmedida aplicación de la potestad sancionatoria.

En efecto, en primer lugar corresponde señalar respecto de la imputación vinculada con el asesoramiento, colaboración o gestión en las causas judiciales en las que encontraba involucrado el denunciante, resulta claro que las conversaciones mantenidas (aun cuando puedan considerarse válidas y auténticas) estaban reservadas a ese ámbito de privacidad en el que se desarrollaron, sin que se hubieran concretado o realizado en modo alguno.

Esta situación fue reconocida en la propia Resolución N° 3664/12, y, previamente, en la imputación efectuada por la Instrucción, toda vez que luego de sostener que el reproche se fundamentaba en que el sumariado se había apartado de las funciones encomendadas en su designación y prestado asesoramiento o colaboración en determinadas causas judiciales, seguidamente destaca "aunque tal circunstancia solo haya sido viable en los términos de las conversaciones que mantenían" (Consid. 6 de la Res. 3664/12).

Vale decir que ninguna otra consecuencia derivó de la conversación, sólo quedó reservada al ámbito de los interlocutores, y su posterior difusión no puede ser imputable al accionante, pues fue el denunciante quien dio a conocer la noticia en los medios de comunicación.

También esta circunstancia fue establecida en la Resolución impugnada, al sostener que "en las conversaciones aludidas involucró el sumariado a diferentes funcionarios de la Procuración General, comprometiendo su buen nombre y honor, descalificando los cargos que desempeñan en el Ministerio Público provincial y más allá de haber sido puesto en conocimiento de la opinión pública por el Señor Agente Fiscal, su difusión afectó el prestigio de este Poder" (Consid. 11d, de la Res. 3664/12).

Es decir, la afectación al prestigio del Poder Judicial no es una conducta atribuible al imputado, no obstante resultó especialmente considerada a la hora de imponer la sanción expulsiva de cesantía, lo cual resulta contrario a los principios de inocencia y razonabilidad en la imposición de la sanción (arts. 18 y 28 de la CN).

Frente a ese escenario, las infracciones imputadas a F. podían dar lugar a la aplicación de sanciones correctivas o expulsivas (arts. 7, 10 y 11 del Acuerdo 3354); y si bien la determinación de la sanción a imponer implica el ejercicio de una facultad discrecional por parte de la Administración, se ha expresado que la falta de proporción entre la pena dispuesta y el comportamiento que motivó su aplicación, determinan la irrazonabilidad de la medida disciplinaria (SCBA, B. 59.122, "Huertas Diaz", sent. del 22X2003; B. 62.837 "Conde", sent. del 8VIII2007; B. 60.027, "Rodríguez", sent. del 18VI2008); debiendo extremar los recaudos de fundamentación para descartar las sanciones menos gravosas previstas para idéntica falta (SCBA, "Huertas Díaz", ya citada).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que la omisión de una adecuada fundamentación determina la nulidad el acto, "sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que por el contrario imponen una observancia mas estricta de la debida motivación" (conf. CSJN, doctrina de Fallos 324:1860 y causa "Schneiderman", sent. del 8IV2008). Es decir que el ejercicio de facultades discrecionales, no resulta un justificativo suficiente para una conducta arbitraria, ni para sortear el cumplimiento de los recaudos que todo acto administrativo requiere para su validez.

7. Alcance de la condena:

- 7.1. Las deficiencias apuntadas en la emisión del acto sancionatorio fulmina la juridicidad del acto impugnado, por cuanto se ha contrariado el orden jurídico vigente y principios que informan el procedimiento para su dictado (vid Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", T. IIB, págs. 332 y ss.; Fiorini, Bartolomé, "Derecho Administrativo", T. I, págs. 511 y ss.; Zanobini, G., "Curso de Derecho Administrativo", T. I, págs. 400 y ss.).

En la observancia de estos principios se juega la efectividad de la tutela judicial efectiva y también de la tutela administrativa efectiva que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso o procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada (Fallos 310:1819 y fallo de la C.S.J.N. de fecha 14 de octubre de 2004, en autos "A.937.XXXVI. Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER Dcto. 310/98 s/ amparo Ley 16.986"; y comentario de Canosa, Armando N., "Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva" en R.A.P., Nro. 323, pág. 75). Este es el sentido y alcance de lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución Provincial.

7.2. Atento a la declaración de nulidad de la Resolución 3664/12 de la SCBA, que habré de disponer en autos, corresponde ordenar a la demandada a que restituya al Sr. F. el cargo que ejercía previo a su dictado y con asignación de funciones jerárquicamente análogas.

Con relación a los salarios dejados de percibir desde la aplicación de la suspensión preventiva hasta la actualidad, corresponde ordenar su íntegra restitución, con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta (30) días, contados desde que cada uno de ellos debió ser abonado y hasta la fecha de su efectivo e íntegro pago.

El criterio de la restitución íntegra de los salarios caídos ha sido aplicado recientemente por la Suprema Corte de Justicia provincial, integrada parcialmente por conjueces (SCBA, B62897, "Maestropiedra", Sent. del 22VIII2012), por lo que corresponde adoptar igual temperamento, en tanto es el que mejor armoniza con el ordenamiento jurídico en función de la especial tutela que asegura al trabajador (arts. 14 bis y 75 inc. 22 de la CN; y 39 de la CPBA).

7.3. Que, para efectuar el cálculo del monto a pagar, la demandada deberá tomar como base la remuneración vigente al momento del efectivo pago.

Ello así, toda vez que la prestación a que se encuentra obligada la demandada no constituye una obligación de dar una suma determinada de pesos, sino de abonar remuneraciones dejadas de percibir por el actor, por lo que el derecho que por la presente se reconoce se debe estimar a la fecha de su efectivo pago.

Frente a la ausencia de previsión legal expresa que determine el monto de las prestaciones adeudadas, y la base a adoptar para el cálculo de las mismas, la equidad de la solución propuesta viene dada por el principio de "in dubio pro justitia socialis", que goza de jerarquía constitucional (arts. 14 bis de la CN y 39 inc. 3 de la CPBA).

Este criterio de reconocimiento del derecho al pago conforme a la escala salarial vigente al momento del efectivo pago, fue anteriormente reconocido en diversos pronunciamientos de éste Juzgado a mi cargo (vgr. Causas: N° 42 "Cordoves", Sent. del 20XI2006, Reg. Sent. 1.165/06; N° 10.309 "Trejo", Sent. del 18VII2007, Reg. Sent. 1.006/07; N° 1.417 "Aballay", Sent. del 10IX2007, Reg. Sent. 1.129/07, entre otras), y sin perjuicio de que dichos precedentes fueran revocados en ése aspecto por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata (causas, "Cordoves", Sent. del 1XII2009; "Alza", Sent. del 2XII2008), la cuestión ha retomado su justo sendero a partir de la emisión del Acuerdo 3560 de la SCBA, mediante el cual reconoce siguiendo el criterio fijado por la ley 14.196 que las remuneraciones del sector pasivo del Poder Judicial, afectado por la suspensión o derogación de la denominada bonificación por cese jubilatorio (Leyes 13.154 y 13.355), sean calculadas "adoptando como última remuneración mensual total la vigente en la actualidad para la categoría en que revistara el interesado al momento del cese" (conf. art. 2 Ac. 3560, del día 31VIII2011).

Para así decidir, utilizó un método de cálculo que ya se hallaba reconocido por el legislador provincial, mediante el dictado de la Ley 14.196, cuyo art. 1 establece que: “el personal dependiente de la Administración Pública Provincial comprendido en los regímenes de las Leyes 10328, 10384, 10430, 10579, y 12268, que haya obtenido su derecho jubilatorio desde la vigencia de la Ley 12867 hasta el 1° de julio de 2005, tendrá derecho a percibir la retribución que fija la Ley 13355 en las condiciones allí establecidas y con el monto actualizado al momento del efectivo pago” (el resaltado me pertenece).

Por otra parte, corresponde destacar que el art. 61 del Dec. Ley 9650/80 (modif. por la Ley. 13.929), establece idéntico criterio para el caso de recupero de haberes percibidos indebidamente, al disponer que: “En todos los casos, el capital adeudado se calculará tomando como base la remuneración correspondiente al cargo que lo originó, a los montos presupuestarios vigentes a la fecha en que se formule la imposición”.

Es decir que si la legislación le confiere a la Administración el derecho a recuperar sus acreencias tomando como base de cálculo de la liquidación la remuneración o haber vigente a la fecha de su percepción, igual parámetro se debería aplicar cuando la Administración resulte deudora de remuneraciones o haberes devengados, pues en caso contrario el trato resultaría discriminatorio, cobrando especial vigor el método constructivo de interpretación jurídica que se fundamenta en la totalidad sistemática que conforma un texto jurídico (conf. Linares, J.F.: Caso Administrativo no Previsto, Ed. Astrea, Buenos Aires 1976, págs. 18 y sgtes.).

Pero más allá de ello, queda claro que no podría discutirse la validez constitucional o legal del método de estimación de los salarios o haberes previsionales que tomen como base de cálculo la remuneración o escala vigente a la fecha de su efectivo pago, pues como hemos visto existen supuestos claros de aplicación en la legislación local, sin que exista razón alguna para adoptar un criterio diverso en autos, ello en función del principio constitucional de igualdad (art. 16 de la CN), que garantiza el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias (conf. doct. art. 16 de la CN; CSJN: Fallos 299:146; 300:1049; 301:1185; 302:457; entre muchos otros).

En ello no hay actualización monetaria alguna, pues cuando lo pretendido consiste en el reconocimiento de un derecho, la sentencia que lo reconoce debe estimar a la fecha de su efectivo pago el valor real de lo debido, siendo el dinero solo el medio de satisfacción, tomado como medida con respecto al objeto de la obligación (vgr. prestaciones previsionales, salarios o porcentajes de ellos).

De otro modo no se cumpliría con la obligación contraída, y el deudor se liberaría entregando un valor inferior al objeto debido, que no puede tener otra finalidad que el carácter alimentario del crédito, a fin de resguardar el principio de reparación integral, y su derivado en materia de empleo y seguridad social, el principio de indemnidad (conf. art. 39 inc. 3 de la CPBA).

8. Costas:

Con relación a las costas, corresponde imponerlas a la parte demandada objetivamente vencida (art. 51 del CCA, texto ley 14.437).

Por ello, de conformidad a los fundamentos expuestos y las normas citadas,

FALLO.

1. Haciendo lugar a la acción contencioso administrativa promovida por el Sr. Pablo Oscar F., declarando la nulidad de la Resolución Nro. 3664/12 (19XII2012) dictada por la Suprema Corte de Justicia en el Expediente Administrativo P.G. N° 039/11.
2. Ordenando a la demandada, a que dentro del plazo de 60 días (art. 163 de la CPBA) restituya al actor en el cargo que detentaba (Prosecretario de la Suprema Cortes de Justicia) y en el puesto de trabajo donde prestaba funciones u otro jerárquicamente análogo; debiendo –dentro del mismo plazo restituir los haberes dejados de percibir, con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta (30) días, contados desde que cada uno de ellos debió ser abonado y hasta la fecha de su efectivo e integro pago y de conformidad a lo establecido en el Considerando 7.3. de la presente.
3. Imponiendo las costas a la demandada vencida (art. 51 CCA conf. Ley 14.437), postergando la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 del D. Ley 8904.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.

LUIS FEDERICO ARIAS

Juez

Juz.Cont.Adm.Nº1

Dto.Jud.La Plata