

C.R.J. C/ PODER JUDICIAL S/ PRETENSION ANULATORIA

Causa N°: 19357

Foja n°: 1053.

San Isidro, de Octubre de 2010 .

Y VISTOS: Estos autos caratulados: “**C.R.J. C/ PODER JUDICIAL S/ PRETENSION ANULATORIA**” **Causa N°: 19357**, en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de San Isidro, a mi cargo, Secretaría Única a cargo de la Dras. Analía Heras Musri, María Cecilia Garcia, y María Natalia Gómez, encontrándose firmes y consentidas las providencias de “autos para sentencia” (v. fs. 1044 y 1049 y cédulas de fs 1050/1052) el expediente se encuentra en condiciones para resolver. Del mismo,

RESULTA: I. De la demanda: Que a fs. 36/50 se presenta el Doctor R.J.C., con el patrocinio letrado de la Doctora Ana Carolina Reynoso, T. XXVI F° 412 CASI, promoviendo demanda contencioso administrativa contra la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de impugnar la Resolución Administrativa N° 65/08 dictada el 22 de febrero de 2008 por el Sub Procurador General, mediante la cual se rechazara el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 94/07 del día 13 de marzo de 2007, que impuso la sanción de apercibimiento grave en el marco de las actuaciones administrativas N° PG 023/05.

Manifiesta que las nulidades que se articulan tienen como principal fundamento los vicios insalvables de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que contienen los actos administrativos que se impugnan (resoluciones 65/08 y 94/07).

Refiere que, según se advierte sin mayor esfuerzo, las mismas han sido dictadas por una autoridad incompetente, carecen de la debida motivación y son violatorias de los principios constitucionales básicos como el de legalidad y razonabilidad.

Indica que la imposición ilegítima de dicha sanción le causa un gravamen irreparable, en tanto constituye un antecedente negativo en su legajo que perjudica su carrera profesional.

Relata que las presentes actuaciones fueron iniciadas con motivo de la denuncia efectuada por el Fiscal General de Junín en la IPP N° 861/05 caratulada “Real Diego Ramón s/ suicidio”.

Que en el marco de dicha investigación se habría comprobado que el nombrado Real –quien se encontraba detenido en las causas 1765, 1322 y 1939 de la Fiscalía por entonces a su cargo- contaría con 17 años de edad.

Refiere que por tal razón se le imputó, junto a otros funcionarios de la Defensa Oficial, irregularidad administrativa, por no haber identificado y/o confirmado los datos personales del nombrado.

Expresa que en el expediente administrativo que se instruyera en su contra, se dictó la resolución N° 94/07 mediante la cual se le aplicó la sanción de apercibimiento grave, como consecuencia de haberse violentado lo normado por los artículos 61, 151, 266 inc.4, 311 y 319 del C.P.P.

Entiende que en dicho resolutorio, de manera totalmente arbitraria, no se consideraron los distintos argumentos que vertiera en su presentación, ni se produjo toda la prueba que consideró hacía a su derecho de defensa en juicio.

Que contra dicha resolución, se interpuso recurso de reconsideración, el que, con fecha 22 de febrero de 2008, y a través de la resolución 65/08, fue denegado.

Destaca que dentro de los fundamentos que expuso en su recurso, manifestó, en consideración a la falta administrativa que se le atribuyera, que no era posible determinar ni con claridad y menos aún con precisión, la verdadera edad del nombrado Real y que con todos los medios a su alcance procuró hacerlo.

Enfatiza que al momento de presentar su descargo y posteriormente en la reconsideración, expuso que en las resoluciones recurridas se quebrantaron una cadena de principios amparados constitucionalmente como ser el de defensa y razonabilidad, como ha sido la sola afirmación de tener por cierta la presunta edad del imputado, la cual, insiste, hasta la fecha no ha sido corroborada en debida forma.

Asimismo, entiende el actor, que la Procuración General, excedió el límite de sus atribuciones, dado que no tiene competencia para sancionarlo, por haber perdido la potestad que le era propia.

Relata que las actuaciones mencionadas fueron promovidas en abril de 2005, que en septiembre del mismo año se transformaron en sumario administrativo y que contestó la vista conferida en virtud del art. 23 de la resolución 1233, el día 10 de noviembre de 2005.

Que un año después, el 3 de noviembre de 2006 fue designado Juez de Garantías en lo Criminal y Correccional.

Indica que en la Resolución 65/8, cuya nulidad se propugna, se rechazó el planteo que se introdujera respecto de la falta de potestad disciplinaria, con fundamento en que en una resolución de la SCBA del 30 de mayo de 2001, el máximo Tribunal Provincial estableció que dicha potestad disciplinaria no cesaba en caso de traspaso de agentes. Continúa expresando que dos meses después del dictado de la mencionada resolución, es decir, el día 9 de agosto, se dicta la Resolución N° 1233 que estatuye el Reglamento de Procedimiento Disciplinario para los miembros del Ministerio Público.

La mentada resolución establece en su artículo 1 que: “Se regirán por las disposiciones del presente, las investigaciones tendientes a determinar la responsabilidad administrativa de magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público por incumplimiento de leyes, acuerdos o resoluciones e instrucciones de la Procuración General que regulen su función o instrucciones impartidas por los restantes magistrados integrantes del Ministerio Público”

Considera, por este motivo, que la Procuración carecía de potestad sancionatoria a su respecto, lo cual conlleva sin duda alguna a la declaración de nulidad del acto administrativo correspondiente a su sanción.

Sostiene que el Sub Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires mediante la Resolución N° 65/08, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto, con fundamento en los artículos 12 y 14 de la Ley 12.061 y 189 de la Constitución Nacional, únicas normas citadas e invocadas para rechazar el planteo serio y con distintas citas legales que formulara al momento de interponer el recurso de reconsideración.

Argumenta que, a su criterio, la decisión cuestionada ha sido adoptada a la ligera. Que debería haberse resuelto con un criterio jurídico y que por el contrario se fundó solamente en criterios personales.

Manifiesta que la Resolución aquí impugnada resulta arbitraria, violenta el principio de legalidad y carece de motivación.

Ello así porque no guarda relación con la verdad material que en todo proceso administrativo se busca. No fue contemplada la ausencia de medios de un Fiscal o cualquier otro funcionario, para establecer la edad del imputado cuando es ocultada o cambiada como en el caso de autos.

Reitera que las deficiencias antes mencionadas, conllevan al dictado de la nulidad articulada respecto de la Resolución mencionada, alcanzando también a la N° 94/07 por idénticos fundamentos.

Indica que no ha quedado claro en todo el procedimiento administrativo, cuál fue el deber funcional violado, porque considera que de ser cierta la minoría de edad del imputado, fue engañado, ante la falta o ausencia de documentación tendiente a acreditar no sólo su identidad, sino sus demás datos personales.

Prosigue señalando que, en el sumario administrativo que concluyó con la imposición de la sanción de apercibimiento grave, se violó su derecho al debido proceso, en cuanto no contó con los antecedentes de hecho y de derecho suficientes, ni fue adecuadamente motivado, dejando sin resolver diversos planteos realizados.

También entiende que se violó el debido proceso en el trámite del procedimiento administrativo, privándolo de defensas esenciales, como ser haberle rechazado la prueba informativa ofrecida.

Concluye su relato manifestando que a la luz de todo lo expuesto, queda claro que la decisión de la Procuración General, por medio de la cual se le aplica la sanción disciplinaria de apercibimiento grave, contiene vicios y defectos que la descalifican como acto válido, resultando contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales, por ser violatoria del principio de legalidad y defensa en juicio.

Ofrece prueba que hace a su derecho y funda en derecho.

A fs. 974/977 amplía su demanda y manifiesta que nunca le fue notificado el informe agregado al expediente administrativo N°P.G 23/05, dictado por el Sr. Prosecretario de Control Interno de la Procuración General de la Suprema Corte, impidiéndole de esta manera ejercer el derecho de defensa en juicio.

II.- De la contestación de demanda: Que a fs. 988/994, se presenta el Dr. Adrian Favio Magrini, apoderado de la Provincia de Buenos Aires, con el patrocinio letrado del Dr. Guillermo Andrés Valle, contestando el traslado de demanda conferido a fs. 977 y solicitando su rechazo.

Luego de realizar un relevo del suicidio de Diego Ramón Real, del sumario administrativo iniciado al actor, y de los antecedentes de las causas penales N° 1765, 1939, 1322, entiende la accionada, que la demanda resulta completamente infundada.

Sostiene que ninguna de las defensas desarrolladas por el accionante, permiten justificar la detención del menor Diego Ramón Real durante casi un año, en un establecimiento carcelario para mayores, donde finalmente fallece en 7 de enero de 2005.

Indica que no obstante carecer de certeza sobre la exacta edad del menor, el Agente Fiscal C., al igual que otros funcionarios judiciales, omitió practicar todas las medidas que estaban a su alcance, para evitar que fuese alojado en una unidad carcelaria para mayores.

Entiende por esta razón, que la sanción de apercibimiento grave, impuesta por la Procuración General de la SCBA al Dr. C., debe estimarse leve frente a la gravedad que tuvieron los hechos antes narrados, los cuales concluyeron con la muerte de un menor de edad.

Manifiesta que la defensa efectuada por la actora referida a que no se tiene certeza aun de que la partida de nacimiento que se atribuye a Diego Ramón Real se corresponda realmente con esta persona, debe desestimarse por completo atento que dicha partida de nacimiento goza de plena fe, pues no ha sido redargüida de falsa.

Que por consiguiente, no es cierto que el actor haya extremado los recaudos que estaban a su alcance para procurar averiguar la verdadera edad del menor Real, como afirma en la demanda.

Refiere que, por el contrario, se conformó con las contradictorias manifestaciones del imputado en cuanto a su edad, no obstante que había indicado reiteradamente, desconocer por completo su fecha de nacimiento.

Afirma que también debe desestimarse el argumento del actor, referido a que la Procuración General perdió su potestad disciplinaria cuando fue designado Juez de Garantías en lo Criminal y Correccional en San Isidro.

Que en tal sentido, basta tener en cuenta que la conducta que se le reprocha tuvo lugar durante los años 2004 y 2005, y que el sumario se le inició el 25 de febrero de este último año.

Que su posterior designación como juez, ocurrida el 3 de noviembre de 2006, jamás pudo impedir válidamente que se investigue y sancione su conducta como agente Fiscal.

Indica que contrariamente a lo que estima el accionante, la Resolución del 30 de mayo de 2001 que declara la potestad disciplinaria, no cesa en caso de traspaso de agentes. No se opone a la Resolución 1233/01.

Aclara que esta última Resolución, regula el procedimiento disciplinario aplicable a los agentes del Ministerio Público y por lo tanto se complementa con la anterior.

Concluye su relato manifestado que de todos los fundamentos antes expuestos, resulta ineludible que, contrariamente a lo aducido por el actor, los actos administrativos aquí cuestionados, tienen una adecuada causa y motivación.

Ofrece prueba como prueba el expediente administrativo P.G 23/05.

III.-Actuaciones Judiciales y Administrativas.

A estas actuaciones fueron agregadas como prueba actuaciones administrativas y judiciales en copia y en originales, las que a efectos del buen orden formal detallo seguidamente:

III.1.- Expediente Administrativo PG 023/05 por el que se tramitara el sumario administrativo seguido contra el actor; (v. fs. 64/969)

III.2.- I.P.P. N° 861/05 "Real, Diego Ramón s/ Suicidio"

III.-3.- Expediente Administrativo N° 21.211-5100/05 (En copias simples) del Servicio Penitenciario;

III.4.- Causa 1765 y acumuladas 1939 y 1135 seguidas a Diego Ramón Real s/ robo simple y la 2005; la N° 3102 por delito de privación ilegal de la libertad y evasión.

CONSIDERANDO: I.- Tres son las cuestiones centrales que se ventilan en este proceso:

I.- 1.- La nulidad de las resoluciones 94/07 del 13 de marzo de 2007 y 65/08 del 22 de febrero de 2008 que rechazara el recurso de reconsideración contra la

primera. Ambas emanadas de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por contener vicios de arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta (v. fs. 36 vta.)

I.- 2.- La nulidad de las referidas resoluciones por incompetencia del órgano que las emitió.

I.- 3.- Agrego a estas cuestiones el tratamiento sobre la validez de las resolución 94/07 y su consecuente 65/08 por incumplimiento de las pautas fijadas por la propia resolución 1233 en que la instrucción sustenta su procedimiento sumarial.

II.- Nulidad por arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta.-

II.- 1.- En el “VISTO” de la Resolución 94/07 recaída en el expediente P.G. 023/05 (v. fs. 159 del mismo) se expresa: “...se acreditó como edad del occiso la de diecisiete años a la fecha de su fallecimiento...”

Por su parte, en la contestación a la demanda, el fisco provincial, argumenta que la partida de nacimiento “goza de plena fe, pues no ha sido redargüida de falsa en la demanda...”(v. 993 vta.) Previamente señaló, asimismo, (v. fs.992 vta.) que “Está por demás probado, con las constancias obrantes en los expedientes de esta causa que era factible averiguar con certeza la correcta edad del menor. En tal sentido, reitero que se logró acreditar tal extremo en tan solo tres días luego de producirse su fallecimiento”

Esta última argumentación se vincula a lo referido por el instructor sumariante en el expediente P.G. 023/05 cuando a fs. 17 el Doctor Ignacio Perrino, Prosecretario de Control Interno de la Procuración General, refiere que: “...se desprende de lo actuado que en menos de tres días fueron ubicados familiares del menor y acreditada en forma fehaciente su edad...”

En la I.P.P. 861/05 y a fs. 10 (v.fs. 565) obra copia del certificado de nacimiento de Diego Ramón Real. Ese certificado fue acercado por una persona que dijo ser la madre del referido y que se correspondía con quien estaba detenido y se suicidara, al que reconoció.

A fs. 11 de la referida “IPP” (fs. 566 esta causa) se presenta una persona que “...dice ser y llamarse: Romero Analía Gladys...resultando titular del Documento de Identidad tipo DNI Nro. 20.146.313 que recuerda en este acto...”(el subrayado me pertenece) “y ...manifiesta RECONOCER sin dudas a un cadáver como el de la persona de quien fuera en vida DIEGO RAMON REAL, 17 años de edad, DNI Nro. 32.871.136...”

El Oficial Sub Inspector Daniel A. Benozzi, que es quien labra el acta de declaración, no ha consignado en la misma que la declarante haya acreditado de alguna forma su identidad. Por lo que, se puede concluir que, con su sola declaración se lleva a cabo el reconocimiento y es entregado el cuerpo del occiso.

Esta cuestión no es de menor importancia en tanto que la instrucción sumarial se ha fundado en la misma para imputar la falta al actor.

II.- 2.- A fs. 18 vta. del Expediente Administrativo P.G. 023/05 el instructor sumariante refiere: "...no se requirió partida de nacimiento, advirtiéndose que los datos aportados por Diego Real sobre sus progenitores y su propio nombre eran exactos..." y a fs. 23 vta. agrega: "...Se constatará, luego del suicidio del joven Real, que éste no había falseado su identidad (ver partida de nacimiento obrante en IPP 861/05)"

El referido instructor "advierte" que los datos aportados por Diego Real eran exactos y que se constata que no había falseado su identidad.

Ahora bien, de las causas agregadas no surge clara, objetivamente y concordantemente que quien fuera apresado y se suicidara hubiera aportado datos como para aseverar que no había falseado su identidad.

Efectivamente:

En la causa N°. 1939 y a fs. 2 obra "Acta de Procedimiento" de fecha 20 de enero de 2004 por la que se deja constancia de la "APREHENSION de quien dijo ser y llamarse JUAN DE LA CRUZ REAL..." y a fs. 2 vta. se agrega: "...Acto seguido se procede a labrar la presente comisionando personal policial se aboque a certificar el domicilio y la edad de JUAN DE LA CRUZ REAL..."

En las referencias posteriores de esa causa se hace referencia a Diego Ramón Real (v. fs. 8) y se lo hace como "mayor de edad" (v. fs. 9)

A fs. 11 el Sub Comisario Miguel Angel Suarez consigna como imputado a JUAN DE LA CRUZ REAL, volviendo a fs. 14, el mismo funcionario y en la misma fecha, a hacer referencia a Diego Ramón Real. Con este nombre integra la carátula de la causa.(v. fs. 15 y vta.)

A los fines de determinar la identidad y edad del detenido, una comisión policial concurre al domicilio denunciado por la defensora oficial, Dra. Alicia Sosa, con resultado negativo. (v. fs. 21 y 22)

En el examen médico de fs. 30 los peritos refieren que entrevistan a quien la custodia policial presenta como "D. DIEGO RAMON REAL, quien dice ser indocumentado, desconocer su fecha de nacimiento..."

A fs. 32 vta. y ante el actor, declara el referido, manifestando que "NO SABE su fecha de nacimiento, tal como ya lo dijo el día de ayer..." DNI nro. NO POSEE y tampoco fue inscripto nunca en el Registro Civil..." "...Que de mayor es la primera vez que está detenido..." A misma foja asimismo había declarado tener 17 años y estar apodado: "papito"

A fs. 43 consta como edad la de 18 años.

A fs. 66 obra constancia de nueva detención, a la que se llegó por haberse evadido, del referido Real, consignándose como edad, la de 19 años.(v. fs. 69)

Con relación a la identidad del mencionado, en la IPP 1765 que por cuerda obra agregada asimismo a las presentes, consta que se apodaba “El Cochero” y que, en ese expediente, el denunciante Christian David Meza, refiere que teme por su seguridad porque “el imputado es menor de edad” “...y que al otro día vuelve a la calle y teme por su seguridad y la de su familia...”

“Que tomó razón de que este menor viene fugado de Santa Fe, por haber matado un policía” (El subrayado me pertenece)

En la ya referida I.P.P 861 seguida por el suicidio del nombrado Real y que en copias se encuentra agregada a esta causa, a fs.586 el referido manifiesta tener un hermano de nombre “JUAN CRUZ” (v. asimismo fs. 587) y tener por apodo “Cochero”

Asimismo consta en estas últimas actuaciones que tenía tatuajes con las inscripciones: “Diego”; “Marcelo” y “Madre” (v. copia de fs. 568 vta. de estas actuaciones)

II.- 3.- Entonces, no se desprende de los actuados, como sostiene el Dr. Ignacio Perrino a fs. 17 del Expediente Administrativo PG 023/05, que en menos de tres días fueron ubicados familiares del menor y acreditada en forma fehaciente su edad.

No encuentro acreditada la identidad de quien dijo ser su madre y acompañó el certificado de nacimiento que en copia luce a fs. 565 de las presentes.

No encuentro fehacientemente acreditado que ese certificado de nacimiento se corresponda con la persona que se suicidara.

No me expido sobre la autenticidad del certificado de nacimiento, situación que incorporara a su esquema argumental la accionada, cuando hace referencia en la contestación a la demanda a la necesidad de argüir de falso el dicho certificado (v. fs. 988/994) puesto que lo que se está analizando no es la autenticidad de dicho certificado sino de a quién pertenece el mismo, y quien se corresponde con el nombre al que se refiere.

Pues, tal como lo sostiene la actora no se cuenta con elementos como huellas digitales que permitan la correcta identificación.

Las constancias referidas supra dan cuenta asimismo que el mentado Real falseó su identidad, pues dijo ser indocumentado, ser mayor de edad, ser menor, llevar como apodo “Cochero” , y también “Papito” en distintas causas y en distintos momentos. Dijo llamarse Juan De La Cruz Real y Diego Ramón Real en distintas oportunidades. Es arbitraria en consecuencia, la conclusión a la que arribara el Dr. Ignacio Perrino en el sentido de que “luego del suicidio del joven Real, que éste no había falseado su identidad...” (v. fs. 23 vta. Expte. PG 023/05)

Se le impidió al actor probar que el mentado Real no era el que figura en el certificado de nacimiento (v. fs. 116 vta., 117 y 117 vta. Expte. PG 023/05) con el

argumento de que la prueba ofrecida en ese sentido: "...no resulta conducente para el objeto del sumario, deviene improcedente su producción (art. 27 resol. 1233/01) toda vez que esta investigación tiene por fin analizar los recaudos legales adoptados por los actores del proceso para determinar la edad de Diego Real en los distintas causas que han intervenido, y es violatorio del principio de congruencia, desviarse sobre el examen de la investigación Penal Preparatoria N° 861/05 de trámite ante la UFI n° 5 de Junín. Como asimismo no resulta éste el ámbito apropiado para observar la documentación que determina la fecha nacimiento del encausado Diego Real..."

No menciona el Instructor en qué ámbito el actor debía observar esa documentación. Si consideraba apropiado que el actor debía presentarse en la causa penal, debió cuanto menos mencionarlo y enmarcar debidamente en qué carácter lo debía llevar a cabo. No lo hizo. Colocó al actor en flagrante indefensión. Y esta situación se troca en palmaria ante la alternativa concreta de inexistencia de otro canal procesal.

Entiendo se ha conculcado el derecho que emerge del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Efectivamente, otros elementos han sido tenidos en cuenta por los intervinientes para determinar su mayoría de edad, ante la falta de documentación, como por ejemplo su contextura física.(v. fs. 71 Expte. Adm. PG 023/05) identidad (v. fs. 82 mismo expediente)

II.- 4.- A modo de hipótesis se puede colegir, creo, con el mismo nivel de aserto que la instrucción administrativa determina para la identidad y edad del referido Real, que, la lamentable historia, pudo haberse iniciado en Santa Fe, tiempo antes de que en el año 2003 comenzara la actividad penal en jurisdicción de este Departamento Judicial, con algún antecedente que pudo ser el homicidio de personal policial de aquella provincia (v. declaración testimonial de fs. 2 Causa 1765)

El actor ha referido sin ser escuchado que es común que los implicados en ilícitos cambien la identidad con hermanos o conocidos, por eso creyó necesario la producción de prueba en ese sentido. La que reitero, fue desestimada.

El mentado Real contaba, según su decir, con un hermano de nombre Juan Cruz Real (v. IPP 861 –fs. 586 y 587 de las presentes)

Real asimismo refiere ser en alguna oportunidad Juan de la Cruz Real (v. fs. 2 Causa N° 1939) identidad que luego le otorga a un hermano.

La cuestión está en saber quién era Diego Ramón Real. A quién pertenece efectivamente el certificado de nacimiento acompañado.

La cuestión asimismo está en determinar quién se trasladó a Boulogne, si Diego Ramón Real o Juan de la Cruz Real.

Si quien presentara el certificado de nacimiento efectivamente era la progenitora de ambos, no puedo tener certeza de que haya acompañado la acreditación correspondiente al occiso puesto que bien podía tener interés en tergiversar la verdad.

Apodos como “Cocheo” o “Papito”, Nombres como, Juan de la Cruz Real o Diego Ramón Real. Tatuajes del occiso con el nombre, presumiblemente de personas queridas como: “Marcelo” y “Madre” junto extrañamente con “su” propio nombre: “Diego” . Lo que puede determinar dos cosas, o que tenía un fuerte egocentrismo o que “Diego” se corresponde con su hermano. (v. fs. 568 vta. Causa 861/05 – transcripción de la autopsia-) Son todas circunstancias que ponen una duda razonable sobre la identidad del implicado. Más aún, a partir de los datos que obran en las causas referidas, concluyo que no está acreditado, en modo alguno, que la identidad que consta en el certificado de nacimiento de referencia, se corresponda con el occiso. II.- 5.- Son arbitrarios los fundamentos de la sanción. No se puede afirmar sin caer en el absurdo que “...los datos aportados por Diego Real sobre sus progenitores y su propio nombre eran exactos...” Todos los antecedentes señalados y referenciados supra dan cuenta de esta situación, dado que, reitero, los datos aportados por quien concluyera suicidándose eran erráticos.

III.- Nulidad por Incompetencia.-

III.- 1.- Es el turno de analizar ahora, el planteamiento de la nulidad por incompetencia del órgano sancionador.

El actor a fs. 40 vta./ 42 de su libelo inicial esgrime que la Procuración General excedió el límite de sus atribuciones, “dado que no tiene competencia para sancionar al actor por haber perdido su potestad disciplinaria con respecto al mismo, al haber sido designado Juez de Garantías en lo Criminal y Correccional en 3 de noviembre de 2006.

Plantea, de esta forma la extinción del poder disciplinario de la Procuración General a su respecto a partir de esta última fecha referida.

La Resolución N° 94/07 (v. fs. 19) recaída en el Expediente Administrativo P.G. 023/05 fue dictada en 13 de Marzo de 2007 y la N° 65/08 que rechaza la reconsideración y la extinción del poder disciplinario, en 22 de febrero de 2008,

La Resolución N° 65/08 mencionada (v. fs. 30) en sus considerandos refiere que la potestad disciplinaria de la Procuración General no ha cesado, dado que, “...como lo tiene resuelto el Alto Tribunal, en caso de traspaso de agentes y funcionarios de la Jurisdicción Administración de Justicia a la del Ministerio Público, será el órgano donde revistiera al momento del hecho el encargado de instruir el sumario y aplicar la sanción que corresponda (conf. Resol. SCBA del 30/05/2001)...”

Por su parte la accionada en la contestación de demanda y a fs. 994 manifiesta que “...basta tener en cuenta que la conducta que se le reprocha tuvo lugar

durante los años 2004 y 2005, y que el sumario se inició por la Procuración General el 25 de febrero de este último año” "...la Resolución del 30/5/01 que declara que la potestad disciplinaria no cesa en caso de traspaso de agentes, no se opone a la Resolución 1.233/01..." sino que la "complementa"

III.- 2.- En razón al pedido cautelar efectuado por el actor y a fs. 52 el infrascripto resolvió hacer lugar al mismo, en atención a que de la resolución N° 94/07 surge que "...en caso de traspaso de agentes y funcionarios de la Jurisdicción Administración de Justicia a la del Ministerio Público, será el órgano donde revistiera al momento del hecho el encargado de instruir el sumario y aplicar la sanción que corresponda" sostuvo: "Por lo que sin que implique pronunciarme sobre el fondo de la cuestión, entiendo que el supuesto previsto en dicha resolución no tiene identidad con el descripto en autos debido a que éste resulta opuesto a aquél ya que en el presente caso el traspaso del actor se produjo de la Jurisdicción del Ministerio Público a la Administración de Justicia."

III.- 3.- Como medida para mejor proveer y ante las dificultades para localizar la referida resolución del 30/5/01, dado que no contaba con un número, tal como lo sostuve a fs. 53 vta., resuelvo solicitar a la Suprema Corte de Justicia (Sub Secretaría de Servicios Jurisdiccionales) remita la susodicha resolución.(v. fs. 1045) librando el correspondiente oficio (v. copia de fs. 1046)

La contestación obra agregada a fs. 1047/1048.

Sin agregar la resolución requerida el Doctor Ricardo Miguel Ortiz, Secretario de Servicios Jurisdiccionales ordena se me haga saber que "no se ha dictado una resolución expresa sino que la cuestión fue tratada en Acuerdo de Ministros y con asistencia del Titular del Ministerio Público, acordándose "...Sanciones disciplinarias a empleados funcionarios que han pasado de la Jurisdicción administración de Justicia a la del Ministerio Público y viceversa. Analizada la cuestión el Tribunal se expidió manifestando que será el organismo en el que revistiera el agente judicial al momento del hecho el encargado de instruir el sumario y aplicar la sanción que corresponda. En la resolución deberá constar la aquiescencia del organismo en el que se desempeñe a la fecha de su suscripción..."

III.- 4.- De lo transcripto surge que no se cuenta con una resolución. Carecen las Resoluciones 94/ 07 y su consecuente 65/08, entonces, de fundamentación válida.

Aún si existiera, la "resolución virtual" que analizo, tampoco sería aplicable al caso, puesto que hace referencia a: "empleados funcionarios" no a magistrados que es el caso del actor. (véase Considerando de la Resolución N° 1233 – 6to. Párrafo-)

Aún si existiera una resolución como la que da cuenta el informe de fs. 1047 tampoco sería aplicable puesto que "...deberá constar la aquiescencia del organismo en el que se desempeñe a la fecha de su suscripción..." y en expediente administrativo P.G. 23/05 no consta ninguna "aquiescencia"

De donde se desprende que la Procuración General ha perdido con respecto a la conducta del actor poder disciplinario a partir de que éste fuera designado juez de garantías en 3 de noviembre de 2006.

IV.- La resolución 94/07 recaída en el expediente P.G. 023/05 y su consecuente 65/08 asimismo, son nulas por incumplirse con el reglamento disciplinario que la propia instrucción sumarial adoptó para el procedimiento administrativo en crisis.

Efectivamente, ni se certificaron los antecedentes del “presunto responsable” –el actor en el caso- ni se tuvieron en cuenta para la graduación de la pena, incumpléndose con el artículo 36 de la Resolución N° 1233 y con los artículos 151, 169 inc. 3º, 176, 178, 189, 266, 269, 270, 271, 284 cuater, 284 quinquies, 319, 513 y cc del CPP

V.- Tiene dicho nuestro tribunal cimero que “Si no existe razón valedera en el sumario administrativo que determine que la actuación del empleado importa un cometido susceptible de reproche por la autoridad administrativa, el ser considerado así por ésta no satisface la exigencia de razonabilidad propia del obrar administrativo legítimo, e importa en su decisión un menoscabo y desviación de la recta apreciación de los hechos, apreciando la medida disciplinaria como irrazonable, circunstancia que vicia de arbitrariedad el acto y permite la revisibilidad del mismo por esta Corte. “(SCBA, B 48666 S 23-6-1987)

“La competencia revisora del Tribunal no se extiende a los procedimientos cumplidos en el ámbito administrativo, salvo circunstancias excepcionales que se configuran cuando ha mediado un flagrante atentado al derecho de defensa, determinado genéricamente, por la comprobación de deficiencias insusceptibles de corregirse en la oportunidad que el actor tiene de defenderse, probar y alegar en juicio. (SCBA, B 53974 S 4-4-1995 , Juez NEGRI (SD))

“En lo atinente a los vicios sumariales la competencia revisora en materia contencioso administrativa no se extiende a los procedimientos cumplidos en el ámbito administrativo, salvo circunstancias excepcionales que se configuran cuando ha mediado un flagrante atentado al derecho de defensa determinado, genéricamente, por la comprobación de deficiencias insusceptibles de corregirse en la oportunidad que la actora tiene de defenderse, probar y alegar en juicio pleno ante el Tribunal”. (SCBA, B 53911 S 7-3-2001 , Juez LABORDE (SD))

En el caso, se dan los tres supuestos que la jurisprudencia ha destacado para abordar primero el análisis y luego la nulidad de los procedimientos administrativos por vicios de arbitrariedad: Irrazonabilidad; flagrante atentado al derecho de defensa y deficiencias insusceptibles de corregirse en sede administrativa.

Se ha impedido que el actor ejerza su debido derecho de defensa al negársele, sin fundamento, la producción de prueba esencial;

Se han omitido considerar circunstancias y pruebas determinantes y se han tergiversado las que han servido de fundamento de la sanción.

Se ha omitido considerar la falta de antecedentes para la graduación de la pena.

VI.- El Acto Administrativo es una declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata (Gordillo, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”)

En efecto, el acto administrativo es aquél dictado por un poder público en el ejercicio de una potestad administrativa y mediante el cual impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

De ello se deduce que no sólo los actos dictados por una administración pública son considerados actos administrativos, sino que también abarca a determinados actos dictados por órganos del Poder Judicial en materia de gestión de su patrimonio, de personal, de contratos y que son enjuiciables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por lo tanto, la función administrativa no está solamente a cargo del Poder Ejecutivo; sino que también se ejerce en los ámbitos del Poder Judicial y Legislativo, siéndole aplicable el régimen jurídico de aquélla. Ello así, el órgano judicial, además de su función específica, desarrolla una actividad distinta, de esencia administrativa, tal como aplicar sanciones disciplinarias a sus empleados o cuando celebra contratos de compra o locación de bienes muebles o inmuebles para su funcionamiento.

Sentado ello, cabe poner de relieve que la revisión judicial de los actos administrativos dictados por el órgano jurisdiccional ha sido receptada por autorizada doctrina, que sostiene como argumento esencial que todo habitante tiene derecho a la defensa en juicio y esta garantía comprende también la supervisión de los actos del Poder Judicial, cuando este actúa en ejercicio de la función administrativa.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “Los actos emanados de este cuerpo en ejercicio de las funciones típicamente administrativas que le reconoce la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias, están sometidas al control de los tribunales competentes del Poder Judicial de la Nación, con igual alcance al que lo están los actos de naturaleza análoga llevados a cabo por los otros departamentos del gobierno federal”. (CSJN Sentencia N° C 3378. XXXVIII)

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha resuelto que “al aplicar al actor la sanción de cesantía y rechazar el recurso de reconsideración entonces interpuesto, la Suprema Corte de Justicia ha actuado en virtud de sus atribuciones administrativas y por ende para el "control judicial" de esa decisión este Tribunal resulta competente” (Fallo “Spina, Domingo Vicente c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contenciosa Administrativa” (Poder Judicial) SCBA de fecha 27/12/200. Causa B 50101)

Que en el fallo precedentemente citado, el Máximo Tribunal entendió que el artículo 166 del texto constitucional, al referirse a "la Provincia" debe entenderse con un alcance amplio, comprensivo de funciones administrativas de los tres poderes.

Consecuentemente y atento que no se advierten diferencias de esencia entre la "actividad administrativa" que realiza el Poder Judicial y la desempeñada por el Poder Ejecutivo, son los principios del derecho administrativo los que regulan dicha actividad.

Así, siendo carácter esencial de esta última disciplina su impugnabilidad, puesto que el acto irrecurrible no puede existir en un Estado de Derecho, de lo contrario se convertiría en ilusoria la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, los actos dictados por el poder judicial en ejercicio de las funciones materialmente administrativas, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública.

Sentado ello, resulta necesario precisar que la validez del acto administrativo depende del cumplimiento de los elementos esenciales: competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma, los que deben concurrir simultáneamente de acuerdo con el modo requerido por el ordenamiento jurídico (confr. arts. 7º y 8º LNPA N° 19.549, Fallos C.S. 190:142; 304:1500)

Así, la existencia de vicios en alguno de los elementos constitutivos acarrea la nulidad del acto administrativo.

La resolución 94/07 y la 65/08 son, también nulas por haberse fundado en una reglamentación inexistente por no haber podido nacer en las circunstancias en que lo pretende la Procuración General.

Efectivamente, la "resolución virtual" o "no expresa" como prefiere denominarla el Secretario de Servicios Jurisdiccionales, cuando según se ha transcrito supra refiere que "no se ha dictado una resolución expresa..." (Sic) no solo no reúne ninguno de los requisitos, por caso, referenciados en la Ley 7647 (Arts. 112,103, 104, 107, 108, 109, 120, 121, 122, 123, 124, 125 ss y cc.) sino que la situación excede claramente el marco de la nulidad para configurar una figura nacida de la doctrina, la de la "inexistencia de los actos jurídicos" la de la inexistencia de los "actos administrativos", dado que la "resolución virtual" no tiene fecha, no tiene firmantes, no tiene fundamentos, carece de formas.

La nulidad es una sanción legal contra actos que nacieron viciados. Se trata de actos que cumplen con todos los requisitos para su constitución, pero que por algún vicio se ven perjudicados en su validez, es decir, se ven privados de sus efectos propios. En cambio, cuando un acto se celebra faltándole uno de esos elementos esenciales para que tenga vida, es sólo en apariencia un acto jurídico,

razón por la que no se puede hablar de nulidad, sino de inexistencia. (Conf. CC0002 MO 33988 RSD-270-95 S 1-8-1995, Juez SUARES (SD) CARATULA: AIRES ARMANDO s/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INC. DE NULIDAD)

Cabe mencionar que el art. 14 inc. b) de la ley 19.549 establece que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

Al respecto, reiterada doctrina ha sostenido que para concluir que en un caso nos encontramos ante una invalidez manifiesta, debemos hallarnos no sólo ante un vicio evidente, sino también dotado de gravedad. (Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo")

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires estableció en reiteradas oportunidades que "La consecuencia jurídica de la ausencia de motivación del acto administrativo, al igual que la aparejada por la distorsión o inexistencia del motivo determinante aducido en el acto resolutorio, es su nulidad (arts. 103, 108 y concs., dec. ley 7647/1970). Cuando el acto es infundado, malinterpreta, desvirtúa u omite los motivos determinantes comprobados o aducidos, procede, entonces, el control anulatorio de la actuación administrativa enjuiciada."(DLEB 7647-1970 Art. 103; DLEB 7647-1970 Art. 108 .SCBA, B 62308 S 3-12-2003, Juez SORIA (SD) CARATULA: Clemeno, Nicolás c/ Caja de Previsión Social para Martilleros y Corredores Públicos de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso Administrativa)

El vicio que torna el acto irregular sometiéndolo a la anulación oficiosa, radica en la afectación grave de todos o algunos de sus elementos esenciales, entre los que se destaca el vicio grave en el objeto o contenido del acto o en la causa en tanto inexistencia de un presupuesto de hecho esencial para su validez.(Conf. SCBA, B 49965 S 4-8-1992, Juez LABORDE (SD) CARATULA: Sociedad Anónima de Obreros y Empleados Asociados a Venturino c/ Municipalidad de Quilmes s/ Demanda contencioso administrativa)

"Las nulidades por vicios procedimentales son establecidas a fin de evitar que el incumplimiento de las formas se traduzca en perjuicio para alguna de las partes o las coloque en estado de indefensión..." (SCBA, B 58506 S 3-3-2004, Juez SORIA (SD) CARATULA: Giatti, Mario Enrique c/ Banco Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa)

En tal sentido, deviene importante destacar que el cumplimiento de los requerimientos esenciales del acto administrativo previamente reseñados,

constituye el más importante y elemental instrumento a la hora de asegurar un mínimo de orden, transparencia y legalidad en el accionar administrativo.

De la misma manera, facilitar el acceso del administrado a la decisión, así como a su pleno conocimiento y comprensión, permite un control ciudadano y administrativo, interno y externo, más ágil, efectivo y un profundo y abarcador control judicial.

Es por ese motivo que los órganos de control administrativo, los órganos consultivos y los tribunales judiciales a cargo eventualmente del control de los procedimientos y actos administrativos, deben adoptar una postura estricta y exigente respecto del cumplimiento de los procedimientos preestablecidos y los elementos esenciales, tanto durante la etapa preparatoria como al momento de la emisión del “acto administrativo”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que aún cuando la entidad administrativa obra en ejercicio de facultades discrecionales, ello no puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado del acto administrativo, exige la Ley N° 19.549. Es precisamente la legitimidad, constituida por la legalidad y la razonabilidad, con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias. (Cfr. Fallos 307:639 y 320:2509)

La legitimidad se encuentra ausente en el Expediente Administrativo N° PG 023/05. Porque tal sucede con la legalidad al impedir al actor su defensa, al fundarse sus actos resolutorios en potestades inexistentes y porque también se omitió la razonabilidad, al privilegiar la aplicación burocrática de ciertas premisas (certificado de nacimiento) con apariencia verdadera, desconsiderando otras necesarias (la relación imprescindible entre el certificado y el occiso), lo que derivó fatalmente en conclusiones falsas.

En línea con lo señalado se advierte que la instrucción simplificó de tal forma los antecedentes que el desenlace concluyó en una resolución tan arbitraria como irrazonable. La simplificación burocrática señalada convierte en ilegítima la resolución que en su consecuencia se dictó.

En otro orden de ideas, y en lo que se refiere a la normativa que otorgaría competencia al órgano sancionador, la jurisdicción, en ejercicio de funciones administrativas, emiten reglamentos que son propios de su organización.

Cabe destacar que si bien los reglamentos son conceptualizados genéricamente como actos administrativos, éstos son de carácter general y tienen sus propias características.

En efecto, el reglamento administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos

generales en forma directa mientras que, el acto administrativo particular, produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata. (Roberto Dromi - Sección: "Reglamento administrativo. Declaración administrativa general")

Asimismo, el reglamento tiene un régimen jurídico específico, distinto del de los actos administrativos y de los simples actos de la administración pero, cuando la norma lo prevé, puede aplicársele el régimen jurídico de los actos administrativos, en cuanto no sea incompatible con su naturaleza.

Por otro lado, el procedimiento de elaboración del acto particular y general es distinto, destacándose que al reglamento y a los grandes proyectos les son de aplicación los principios de la audiencia pública.

No obstante ello, tanto el acto administrativo de alcance particular como el general, es decir el reglamento, están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión. (Garrido Falla, Tratado de derecho administrativo, vol. III, Madrid, 1963, 10ª ed., p. 380)

Además de ello, existen otros principios comunes a reglamentos y actos administrativos, particularmente en materia de nulidades y vicios del acto como así también de las reglas que debe seguir y respetar la administración en su emisión. (Gordillo Agustín, "Tratado de derecho Administrativo", Actos, reglamentos y contratos administrativos).

Conforme lo expuesto precedentemente, el dictado de reglamentos no es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo sino que también reside en los otros órganos constitucionales, o de creación constitucional, tales como el Poder Legislativo y Judicial.

En efecto, para el Poder Judicial la competencia para dictar reglamentos se encuentra distribuida entre la Corte Suprema de Justicia y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en lo que hace a su propia organización y funcionamiento (art.113 de la Constitución Nacional, CN y art. 164 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y el Consejo de la Magistratura, por el art. 114, apartado 6 de la Constitución Nacional: "Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".-

El poder reglamentario se funda en la necesidad del órgano de contar con la competencia -explícita o implícita- para *desarrollar los principios de su propia organización.y funcionamiento*. Estos principios normalmente se encuentran establecidos en una norma de jerarquía superior, que sólo en pocos casos es suficiente en lo que hace a contemplar todos los aspectos de la organización del órgano -más estrictamente, del complejo orgánico que determinado órgano

preside- o de la totalidad de las reglas para su funcionamiento. (Rodolfo Carlos Barra - *La actividad legisferante del Poder Ejecutivo*". Publicado en la Ley el 1/12/1999)

En este sentido, el art. 3 del Dec. ley 19549/72 establece que la competencia de los órganos administrativos será la que resulte de la Constitución, de las leyes y "de los reglamentos dictados en su consecuencia", con lo cual el origen de la competencia puede ser reglamentario, pero no puede nacer de actos concretos. Sin embargo, el sistema constitucional de 1994 limita severamente la potestad de dictar reglamentos (Comp Marienhoff, t. I, po. Cit, p. 261)

Asimismo: "...Para que se pueda hablar de acto inexistente, es menester la inconcurrencia de ciertos elementos que hacen a la esencia o existencia del acto, tales como el sujeto, objeto y la forma. La ausencia de cualquiera de esos elementos significa la ausencia del mismo acto y su ineficacia parte de su no existir..." (CC0002 SM 53053 RSD-9-6 S 21-2-2006, Juez SCARPATI (SD) CARATULA: Bidinost, Gladys Carolina c/ Gallego, Dora Mónica s/ Redargución de falsedad de instrumento público)

La nulidad es una sanción legal contra actos que nacieron viciados. Se trata de actos que cumplen con todos los requisitos para su constitución, pero que por algún vicio se ven perjudicados en su validez, es decir, se ven privados de sus efectos propios. En cambio, cuando un acto se celebra faltándole uno de esos elementos esenciales para que tenga vida, es sólo en apariencia un acto jurídico, razón por la que no se puede hablar de nulidad, sino de inexistencia. (Conf. CC0002 MO 33988 RSD-270-95 S 1-8-1995, Juez SUARES (SD) CARATULA: AIRES ARMANDO s/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INC. DE NULIDAD)

Todo acto administrativo requiere, como primer elemento, la existencia de un sujeto legalmente hábil para emitirlo, por ello el órgano que actúa en representación de la Administración Pública debe tener competencia funcional adecuada, es decir debe estar autorizado para otorgarlo, de lo contrario, el acto estará viciado de nulidad absoluta e insaneable. (Conf. CC0100 SN 3060 RSD-450-2 S 7-11-2002, Juez TELECHEA (SD) CARATULA: Zerbino Osmar Abel c/ Jardín de infantes nº 903 "Rafael Obligado" s/ Cumplimiento de contrato. Cobro sumario de pesos)

En ese sentido, el máximo Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que: "La violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del acto administrativo ya que la competencia representa un requisito o elemento esencial del acto."(SCBA, B 51498 S 16-8-1994, Juez LABORDE (MA) CARATULA: Exactus S.R.L. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Demanda contencioso administrativa PUBLICACIONES: AyS 1994 III, 406)

Que los actos 94/07 y 65/08 fueron dictados como consecuencia de la competencia arrogada por la Procuración General en virtud del acto analizado con anterioridad, cuya inexistencia se evidencia.

Es por lo señalado en éste considerando, los anteriores, y lo que surge de los antecedentes reseñados y de la legislación, doctrina y jurisprudencia señalada que la nulidad de las resoluciones atacadas se impone.

Por ello:

FALLO: 1.- Haciendo lugar a la demanda promovida por el Dr. R.J.C.;

2.- Declarando la nulidad de las Resoluciones N° 65/08 dictada el 22 de febrero de 2008 y la N° 94/07 del día 13 de marzo de 2007, que impuso al actor sanción de apercibimiento grave, en el marco de las actuaciones administrativas N° PG 023/05, ambas emanadas de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires;

3.- Ordenando a la accionada se abstenga de consignar cualquier tipo de antecedente respecto del objeto de esta litis en el legajo personal de la actora;

4.- Declarando que las costas sean soportadas por su orden (art.51 CCA)

José Abelardo Servin
Juez

Reg. n°.....