

Decreto De Necesidad Y Urgencia 2 2013 Planteo De Nulidad Suspension Cautelar

JURISPRUDENCIA

Ciudad de Buenos Aires, 20 de mayo de 2013

Vistos: Estos autos en estado de resolver la medida cautelar solicitada en el escrito de inicio, Y Considerando: I. A fs. 1/11 se presentaron Gabriela Carla CERRUTI, Delia BISUTTI y Edgardo Adrián FORM e iniciaron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Su pretensión es la declaración de nulidad del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 2/2013 (publicado en el BOCBA N° 4152 del 14 de mayo de 2013) por resultar violatorio de los artículos 14, 16, 75 inciso 12 y 126 de la Constitución Nacional, de los artículos 1, 11, 12 2do. Párrafo, 32, 47 y 103 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras convenciones y tratados internacionales de derechos humanos. A su vez solicitaron una medida cautelar suspensiva del referido DNU. En cuanto a su legitimación activa, señalaron que se encuentran afectados en su carácter de legisladores, porque el dictado del DNU les ha sustraído la posibilidad de debatir la sustancia de los diferentes aspectos que aborda esta normativa, en tanto su competencia se encuentra limitada a rechazar o aprobar el Decreto. Sobre todo, cuando no están presentes las circunstancias fácticas necesarias que justifiquen el dictado de una norma de esa índole. Expresaron que el Decreto cuestionado viola el artículo 103 de la Constitución local, porque no hay sustento fáctico suficiente de las circunstancias excepcionales aludidas en la norma mencionada para que el Poder Ejecutivo pueda emitir un DNU. Con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema, afirmaron que la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de una ley puede verificarse cuando el cuerpo legislativo no puede reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, verbigracia acciones bélicas o desastres naturales que no permitan su reunión o cuando la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Adujeron que los fundamentos del Decreto impugnado no expresan circunstancias fácticas que justifiquen el ejercicio excepcional de facultades legislativas por el Ejecutivo y que se limitan a efectuar una enumeración de afirmaciones y manifestaciones genéricas sobre aparentes restricciones a la libertad de prensa, amenazas y hostigamientos a periodistas y medios de comunicación, sin especificar algún caso puntual. A su vez sólo tiene referencias genéricas y vagas a normas y actos del Gobierno Nacional que podrían poner en riesgo la libertad de prensa, de expresión, la diversidad cultural y la pluralidad de voces. Destacaron que nada impide que la Legislatura Porteña lleve a cabo el debate sustantivo acerca de la viabilidad o no de una regulación como la que propone el Jefe de Gobierno, pues la Legislatura se encuentra en el período de sesiones ordinarias y ha sesionado en 12 oportunidades en los escasos dos meses y medio transcurridos desde que comenzó a funcionar en el corriente año. Señalaron que tampoco se verifica una afectación actual y manifiesta a derecho alguno que justifique adoptar medidas bajo esta modalidad urgente de carácter excepcional. Con invocación de jurisprudencia de la Corte Suprema destacaron que es atribución del Poder Judicial evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de Decretos de Necesidad y Urgencia, debiendo descartarse criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias de extrema necesidad. Asimismo, con invocación del artículo 14 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Bs. As., sostuvieron que el Decreto es nulo como acto administrativo, porque fue dictado en violación a la ley aplicable. Fundaron el vicio presente en el objeto del Decreto, en la violación de las normas federales, locales e internacionales indicadas más arriba. Afirmaron también, que el DNU contempla distintas medidas que redefinen obligaciones de naturaleza tributaria, materia expresamente excluida de la excepcional potestad de legislar conferida al Ejecutivo por el artículo 103 de la Constitución porteña. Precisarón que el artículo 16, último párrafo, del Decreto, dispone que las deudas que con los organismos públicos tengan los periodistas o medios de comunicación, cualquiera sea su soporte o modalidad, originadas en cualquier tipo de sanción o multa administrativa o de origen tributario sólo podrán ser ejecutadas judicialmente contra activos que no resulten, directa o indirectamente, imprescindibles para el ejercicio de tal actividad. Indicaron que el artículo 14 del Decreto limita la imposición de aranceles, impuestos, regulación o cargas extraordinarias para la producción o importación de papel para medios gráficos. Arguyeron que el DNU regula materia federal vedada a la legislación local y de esa forma viola los artículos 75 inciso 12 y 126 de la Constitución Nacional y el artículo 1° de la Constitución porteña. Pusieron de resalto que a su entender el Decreto viola el Régimen de Servicios de Comunicación Audiovisual establecido por la Ley N° 26.522 porque en su artículo 12 excluye a todos los medios con asiento físico en la Ciudad de Bs. As., del ámbito de aplicación de la Ley nacional mencionada al disponer que aquellos medios situados en la Ciudad estarán exceptuados de las leyes que el Gobierno Nacional dicte exclusivamente para medios de comunicación. Indicaron que el artículo 21 del DNU establece la jurisdicción de la Ciudad sobre todas las materias relativas a los

medios y servicios de difusión orales, gráficos, electrónicos o de cualquier otro tipo, de los medios de comunicación domiciliados o con instalaciones que se encuentren en la Ciudad, cualquiera sea su soporte o modalidad. Sostuvieron que esos dos artículos contrarían la doctrina de la Corte Suprema sobre servicios audiovisuales que desde 1953 en adelante ha reconocido la jurisdicción federal sobre esa materia; doctrina que ha sido recientemente ratificada por el máximo tribunal en el precedente "Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual c. Provincia de San Luis s/ acción de inconstitucionalidad" del 29 de mayo de 2012. Además expresaron que el DNU viola el régimen nacional establecido para la regulación de materias propias del Código Civil y de la Ley de Sociedades Comerciales. En ese sentido, indicaron que el artículo 17 del Decreto dispone que las acciones o cuotas sociales de las sociedades que sean directa o indirectamente propietarias de medios de comunicación, cualquiera sea su soporte o modalidad, domiciliados en la Ciudad no se podrán expropiar, confiscar, decomisar, reasignar, ceder ni transferir sin la aprobación voluntaria y expresa de sus titulares y que los derechos políticos correspondientes a las acciones de las sociedades que directa o indirectamente, controlen medios de comunicación, cuentan con la más amplia protección y nadie podrá interferir con su ejercicio regular. Concluyeron que esa previsión importa arrogarse facultades del Estado Nacional en materia de regulación de Sociedades Comerciales, lo que se encuentra prohibido por los artículos 75 inciso 12 y 126 de la Constitución Nacional. Asimismo manifestaron que el Decreto vulnera la libertad de expresión en tanto pone en discusión la vigencia y aplicación plena de la Ley N° 26522 en la Ciudad de Buenos Aires. Ello, porque los nuevos actores de la comunicación reconocidos por esa Ley (pueblos originarios, universidades nacionales y radios comunitarias) por el hecho de encontrarse en la Ciudad de Bs. As., pierden su derecho de acceder a la explotación de los servicios audiovisuales. Destacaron que a su entender, el artículo 11 del DNU podría cercenar el derecho de huelga de los trabajadores/as de prensa. Dicha norma establece que no podrá ser suspendida, interrumpida, demorada, ni dificultada la actividad profesional de los periodistas, productores y editores que se domicilien en la Ciudad o ejerzan su actividad en ella, ni la de los medios de comunicación que en ella tengan domicilio o instalaciones, cualquiera sea el soporte o modalidad que utilicen para la difusión de información, opiniones o ideas. Ello importaría la prohibición de cualquier suspensión, interrupción y/o demora de la actividad incluso si la misma derivara del legítimo derecho a huelga de los trabajadores/as, lo que resultaría violatorio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. En cuanto a la admisibilidad formal de la acción de amparo, dijeron que el acto cuestionado lesiona de manera actual derechos constitucionales cuestionando incluso la organización del Estado Federal, al arrogarse de modo palmario atribuciones legislativas que no puede ejercer una jurisdicción local. Adujeron que no es necesario mayor debate y prueba, en tanto de la mera confrontación entre la normativa en cuestión y el ordenamiento jurídico argentino surge indubitablemente la falta de legalidad con la que actuó el Poder Ejecutivo de la Ciudad al dictar el Decreto impugnado. Asimismo, destacaron que la vía es la más idónea para una rápida restauración de los derechos en juego y que una intervención tardía podría devenir en un daño irreparable. Solicitaron que se dicte medida cautelar suspensiva del DNU. Fundaron la verosimilitud de su reclamo en la violación manifiesta de la Constitución Nacional y de la Constitución local explicada a lo largo de la demanda. Arguyeron que el peligro en la demora se encontraría configurado por el riesgo que importaría la aplicación del DNU exceptuando del régimen federal en materia de comunicación audiovisual a los medios públicos con domicilio en la Ciudad de Bs. As.. Con cita del precedente de la Corte Suprema "Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual c. Provincia de San Luis s/ acción de inconstitucionalidad" del 29 de mayo de 2012, sostuvieron que el retardo en la aplicación de la norma local aparece como un efecto menor que el podría implicar su ejecución inmediata. Finalmente hicieron reserva del caso constitucional local y federal. II. Corresponde determinar, en primer término, si los coactores se encuentran legitimados para promover la acción intentada. Es dable señalar las normas aplicables. El artículo 103 de la Constitución de la Ciudad dice: "El Poder Ejecutivo no puede, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, el Gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de Ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad." El artículo 91 de la misma Constitución, referido a las atribuciones de la Legislatura dispone: "Debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días de su remisión. Si a los veinte días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. Pierden vigencia los decretos no ratificados. En caso de receso, la Legislatura se reúne en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca, en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto." El artículo 10 de la Ley N° 15 establece: "Los diputados están legitimados para requerir ante el Poder Judicial la declaración de nulidad de los decretos de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo en los casos previstos por la Constitución y las leyes." Tal como he señalado en anteriores oportunidades, el suscripto comparte el criterio según el cual el concepto de legitimación se encuentra entre los más amorfos de todo

el campo del derecho público (Mairal, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública" Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, pág. 143 in fine y 144 y nota 15), lo cual da al juez uno de los mayores arbitrios que otorga el ordenamiento jurídico a los fines de su análisis (conf. "Busacca, Ricardo Oscar contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)" Expte. EXP 7710/0, JCAyT N° 8, 05/09/03).

Cabe destacar también que Mairal ha señalado que "... si todo aquél afectado de hecho por la acción gubernamental (y aún en la mera ilegalidad todos lo somos) tiene legitimación para impugnar la ilegalidad (obra citada pág. 206, 1 párrafo), una regla tan amplia desembocaría en una suerte de acción pública por lo que se hace necesario restringir su alcance por medio de "la razonable proximidad entre la norma violada y la situación jurídica del recurrente". La CSJN ha reafirmado en forma categórica en "Thomas, Enrique c/Estado Nacional s/ amparo" (Fallos 333:1023) que siempre es necesaria la existencia de un "caso" para la intervención del Poder Judicial. El "caso" se da cuando se esgrimen pretensiones contrapuestas: una controversia, en la que se invocan derechos contrapuestos, que debe ser dirimida por el Poder Judicial. Allí se debe determinar la ilegitimidad con efecto sobre la situación particular planteada. No existe un efecto derogatorio si se está frente a una norma general que rige la controversia, sino su declaración de ilegitimidad, su inaplicabilidad en el supuesto dado. El efecto sobre la situación particular podrá ser más o menos extenso según se trate de un derecho individual o de uno de incidencia colectiva, pero se repite, nunca derogatorio de la norma general. Es decir que el efecto expansivo de la sentencia no significa que no deba existir un "caso". La sentencia podrá ser incluso de efectos erga omnes, pero siempre deberá existir un "caso". En otras palabras, debe existir: 1) titularidad de un derecho es decir un interés concreto, inmediato y sustancial, 2) una ilegitimidad, 3) daño o perjuicio diferenciado y 4) carácter concreto -no abstracto- del pronunciamiento judicial, dado que no compete a los jueces hacer declaraciones generales, sino decidir colisiones efectivas de derechos (conf. Hutchinson, Tomás, Derecho Procesal Administrativo, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, Tomo I, p. 220, Notas 38 y 40). El problema en consecuencia es definir cuándo se está legitimado a través de un derecho individual o uno de incidencia colectiva, ya que cuando exista un interés simple o acción popular no existirá "caso" en el sentido que ha sido expresado. En Thomas, en el voto de la Dra. Carmen M. Argibay, en el 4° Considerando, se expresa que la determinación de si la parte actora se encuentra o no legitimada para actuar en el juicio no puede llevarse a cabo de manera aislada, separada del interés que en el caso concreto se pretende proteger con la interposición de la demanda, que ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el cual quiere protección judicial. Se interpreta que determina que debe existir una relación razonable entre la ilegitimidad que se esgrime y el interés que se dice afectado. En Thomas se llega a la conclusión que la presunta ilegitimidad en el procedimiento de la sanción de la ley no tiene una razonable relación con el interés que como ciudadano se invoca. Es una afectación general, pero indirecta, ya que no se especifica un perjuicio concreto que le produzca el contenido de la ley misma en cuanto regula los servicios de comunicación audiovisual. En el presente caso, se considera existe un interés especial, directo, inmediato, concreto o sustancial (Considerando 4° in fine del voto de la mayoría en Thomas) que permite tener por configurado un caso contencioso. Lo que se pretende es de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Considerando 4° segundo párrafo de Thomas, voto de mayoría) fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada a los litigantes. En esta causa, la ilegitimidad invocada, incide en forma directa, ya que los actores se han visto privados de ejercer su competencia como legisladores. Ello se presenta con claridad con relación a las ilegitimidades referidas a la inexistencia de las circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 103 de la Constitución de la Ciudad y a la regulación de materias expresamente vedadas por esa norma constitucional para los DNU. Esto, aún cuando, lo previsto en los artículos 91 y 103 de la Constitución local, permite sostener que la afectación a la competencia de los legisladores sería breve en el tiempo, porque el DNU rige por 30 días y en caso de no ser tratado por la Legislatura pierde vigencia; debiendo ésta incluso autoconvocarse para pronunciarse sobre el Decreto antes de que ese plazo de vigencia transcurra (a los 10 días). Amén de ello en el caso, es de público y notorio que el expediente Exp. 1286-J-2013 referido al DNU N° 2/2013 tendría tratamiento preferencial para la sesión de la Legislatura del próximo 30 de mayo. Esta característica del régimen de los DNU en la Ciudad -pérdida de vigencia a los 30 días si la Legislatura no lo trata y obligación del órgano legislativo de autoconvocarse para tratar el DNU a los 10 días- conducirían a un tratamiento restringido de la legitimación de los legisladores para cuestionar judicialmente un DNU. Empero, si alguna duda cupiese sobre ello, la previsión expresa del artículo 10 de la Ley N° 15, cuyo texto fue votado y aprobado sin observaciones en la consideración en particular por la Legislatura y que según el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales su finalidad es la de evitar situaciones como las que se dieron a raíz del cuestionamiento judicial de los decretos de privatización de aeropuertos, causa en la cual la Corte Suprema desconoció legitimación procesal a los legisladores nacionales para plantear la nulidad de los decretos de privatización (conf. Versión taquigráfica de la sesión del 26 de marzo de 1998, disponible en www.legislatura.gov.ar), la despeja. Lo contrario importaría adoptar una interpretación que prive completamente de contenido a la norma. Es decir, que en tanto medie afectación directa, como ocurre cuando impugna la necesidad y urgencia y/o el tratamiento de

materias vedadas por el DNU, el legislador está legitimado para accionar judicialmente. Con respecto a la ilegitimidad planteada referida al contenido del DNU, esto es la violación de competencias federales en razón de la materia y de la afectación del derecho de huelga, la relación con el carácter de legisladores de los actores, es decir con la afectación de su competencia como tales, se presenta como indirecta y lejana. No se aprecia con claridad la existencia de una razonable relación directa y específica entre la ilegitimidad esgrimida y su rol de legisladores, que es como han ejercido su pretensión. No parece que tal ilegitimidad les impida ejercer su competencia como diputados, como sí acontece con las ilegitimidades referidas a la inexistencia de necesidad y urgencia y a la incursión del DNU en materias prohibidas por el artículo 103 de la Constitución local. La violación de las competencias federales por el contenido del DNU, para los legisladores porteños, se presentaría como un daño abstracto, concepto que según la Corte Suprema en el precedente Thomas se pone de manifiesto cuando "el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes... de otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura...". Por ello, no se admitirá la legitimación de los coactores para tratar esta última ilegitimidad. Vale destacar que no cabe efectuar análisis alguno referido a la posibilidad de que los actores pretendan defender un derecho colectivo afectado por el contenido del DNU (artículo 14 de la Constitución de la Ciudad), pues ése no ha sido el planteo efectuado en la demanda, la que se ha limitado a esgrimir la pretensión de nulidad del Decreto, invocando el carácter de legisladores de los actores. Por último, cabe agregar que la existencia de la acción declarativa directa de inconstitucionalidad de leyes, decretos y normas generales (artículo 113 inciso 2° de la Constitución local) tiene dos efectos relevantes. Permite adoptar una tesitura más estricta con relación a la legitimación en supuestos como el presente, sin que ello impida el acceso a la justicia, porque los litigantes pueden echar mano de esa acción. A su vez, aconseja interpretar con prudencia lo referido a la legitimación, para no afectar la competencia del Tribunal Superior de Justicia atribuida por la Constitución de manera originaria y exclusiva para tratar la referida acción declarativa directa.

III. Que, en cuanto al remedio intentado -medida cautelar-, cabe señalar que la petición se enmarca en el artículo 15 de la ley local N° 2.145 y supletoriamente en los artículos 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (CCAyT) -conf. art. 28 de la ley N° 2.145-. El artículo 15 mencionado dispone que las medidas cautelares necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva son admisibles con criterio excepcional y que para ello deben concurrir simultáneamente los requisitos de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, no frustración del interés público y contracautela. El referido art. 177 del CCAyT establece que las medidas cautelares tienen por objeto garantizar los resultados del proceso. La finalidad es que los mismos no resulten de cumplimiento ilusorio al momento del dictado de la sentencia definitiva. El art. 189 del CCAyT contempla la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo. Para su procedencia se requiere que dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al administrado, en tanto de ello no resulte grave perjuicio al interés público (inc. 1); y que el hecho, acto o contrato, ostente una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión (inc. 2). El art. 177 del CCAyT agrega que el perjuicio deberá ser inminente o irreparable, lo cual es equiparable al concepto de "peligro en la demora". La "ilegalidad manifiesta" se relaciona con el concepto de "verosimilitud en el derecho". Es un principio sentado por la jurisprudencia que para hacer lugar a una medida cautelar, a mayor "verosimilitud", menor necesidad de "peligro en la demora"; y a mayor "peligro en la demora", menor necesidad de "verosimilitud". En igual sentido se ha expedido la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, in re "Banque Nationale de Paris c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCBA)", expte. EXP-6, de fecha 21 de Noviembre de 2000, con cita, a su vez, de la Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala II, marzo 17 de 1997, in re "Pinzón, Jorge E. c/Corte Suprema de Justicia de la Nación, Suplemento de Derecho Administrativo LL 20-02-98, pág. 61. Empero se ha precisado que el principio reseñado resulta aplicable cuando ambos extremos -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- se hallan presentes -aún en grado mínimo- en el caso (CCAyT, Sala II, 17/6/2008, "Medina, Raúl Dionisio c. GCBA s/ otros procesos incidentales, EXP-29540/1). La ilegalidad manifiesta que menciona el artículo 189, sugiere la idea de un acto o hecho administrativo que exhibe una disconformidad con el ordenamiento jurídico en forma ostensible. Se asimila al requisito de verosimilitud del derecho o *fumus bonis iuris* que no es otra cosa que el "humo de buen derecho" que se exige para la procedencia de una medida cautelar.

IV. El peligro en la demora se configura cuando se verifica un cálculo de probabilidad mínimo que arroje como resultado la posibilidad de que en el lapso que inevitablemente transcurre entre el inicio del proceso y el dictado de la sentencia sobrevenga una circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva. En estas actuaciones, esa probabilidad se concreta en el riesgo de que la duración de este proceso, pese a su celeridad, resulte mayor que el lapso que transcurra hasta que la Legislatura trate el DNU. Vale precisar que en el caso, el daño

grave alegado por los actores ya se habría verificado: el dictado del DNU les ha impedido ejercer su competencia. Lo que pretenden de manera cautelar es que se suspenda el Decreto por no haber podido participar, es decir que cese esa imposibilidad. La existencia de plazos breves para la aprobación o no del Decreto por la Legislatura y su pérdida de vigencia si el cuerpo legislativo no se pronuncia, impiden entender que podría configurarse un daño consistente en la imposibilidad de los legisladores de participar en el debate por un término indefinido. En concreto, a la hora de suspender de manera cautelar un DNU en el régimen porteño, cuando el que lo cuestiona es un legislador, el peligro en la demora se presenta como la probabilidad del acaecimiento de un daño de menor entidad al que podría sobrevenir en un régimen en el que la imposibilidad de discutir de los legisladores podría verificarse sine die.

Ello es relevante, para la consideración de la jurisprudencia de la Corte Suprema invocada por los actores, que se refiere al régimen nacional; régimen en el que la regla es diversa a la que rige en la Ciudad en cuanto a la vigencia del DNU. En efecto en el ámbito nacional, el DNU no pierde vigencia por su falta de tratamiento. Lo expuesto, conduce a sostener que en el régimen porteño, la verosimilitud de la ilegitimidad invocada no puede ser tratada de la misma manera que en un régimen como el nacional. En el ámbito de la Ciudad, la verosimilitud de una medida cautelar suspensiva de un DNU debe ser mayor al ser evaluada que lo podría ser en el régimen nacional. En cuanto a la supuesta inexistencia de las circunstancias excepcionales del artículo 103 de la Constitución, los actores cuestionan el Decreto por fundar en forma vaga, general, sin ejemplificar los hechos que configurarían la urgencia (daño inminente, grave o irreparable a la libertad de prensa o expresión, que no admita para su remedio el tiempo que demanda el debate parlamentario). En ese sentido el Decreto alude a: 1) restricciones recientes a la libertad de prensa (Considerando 30), 2) ataques contra la independencia de la justicia y la libertad de prensa registrados en los últimos días (Considerando 32), 3) las amenazas y hostigamientos sufridos por periodistas y medios de comunicación evidencian una situación de peligro inminente para la libertad de prensa (Considerando 34), y 4) más allá de la gravedad individual de cada uno de estos hechos, el conjunto de ellos permite afirmar la seriedad de la situación en materia de libertad de expresión (Considerando 35). La parte actora, como se dijo más arriba, sostiene que el fundamento es vago, general, sin ejemplos, en otras palabras, se entiende que afirma que es abstracto, no relacionado con hechos de la realidad que se puedan conocer a simple vista. No se comparte ese criterio. Se estima que esos hechos son públicos y notorios, en cuanto a que figuran en el debate público, en la información cotidiana y se pueden conocer a simple vista. Desde luego que ello no significa que sean realmente ciertos. Empero, lo que no cabe sostener es que la argumentación del Decreto carezca absolutamente de relación con hechos concretos, que sea una argumentación en abstracto, una creación manifiestamente alejada de la realidad. El Ejecutivo señala esos hechos, que son observables, y desde luego afirma su certeza y lo hace desde su idoneidad y competencia. De por sí, es una cuestión muy compleja abarcar todo ese tema, esa realidad, como lo sería por ejemplo una crisis económica señalada por la Administración. Se podría observar que existen hechos que se refieren a esa supuesta crisis, que son públicos y notorios, pero es muy complejo apreciar que realmente existen como para configurar una situación de urgencia que justifique un DNU. En esa situación se estima que se debe estar a lo sostenido por la Administración en ese supuesto, porque es dable entender que "la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes" es un concepto jurídico indeterminado de valor. Prestigiosa doctrina ha señalado que: "...procede establecer una distinción, según que los conceptos jurídicos indeterminados sean conceptos de experiencia o conceptos de valor; respecto de los primeros que se ventilan en la apreciación de los hechos, la competencia de control del juez es ilimitada; los segundos que no se controlan exclusivamente por la apreciación de los hechos, sino que implican juicios de valor, que pueden ser técnicos (impacto ambiental) o políticos (interés público, utilidad pública), proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y criterios políticos, que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, puede ser controlado por el juez. Esta es una forma simple de explicar la doctrina (en la que no nos detendremos) del "margen de apreciación" de que se beneficia la apreciación administrativa de estos conceptos de valor, margen que otorga una cierta presunción de acierto dentro del "halo del concepto", pero aunque no llega hasta excluir la entrada del juez en su control directo (el problema sigue siendo una "cuestión jurídica"), sí limita la posibilidad de una apreciación inmediata y propia por el juez de su efectividad y prima la ventaja posicional de la Administración respecto a la corrección de su apreciación. La posibilidad del control judicial está siempre abierta, pues, para verificar si esa posición inicial de objetividad en la apreciación administrativa puede o no mantenerse, lo cual deberá ejercerse normalmente a través de un control de los límites o de los excesos, siempre, por supuesto, posibles y que la prueba puede perfectamente poner de manifiesto y acreditar." (García de Enterría, Eduardo, Democracia, jueces y control de la Administración, Madrid, Civitas, 1998, 4º Ed., pp. 137-138, el destacado no es del original). En un caso como el presente, a un tribunal de justicia no le resulta posible conocer lo suficiente como para desestimar lo que afirma la Administración en un estado liminar del proceso como es el dictado de una medida cautelar. En el precedente Verrocchi (Fallos 322:1726), invocado en la demanda, la situación era diversa, pues no existían hechos públicos y notorios que se refiriesen a la quiebra del sistema de

asignaciones familiares. Se trataba de una simple manifestación del Ejecutivo, que recién fue desacreditada por los tribunales intervinientes en ocasión del dictado de la sentencia sobre el fondo de la cuestión. Por otra parte, se debe tener en cuenta la especial situación que se presenta en este caso. Los hechos particulares, como siempre, son determinantes y esenciales en el derecho. Amén de lo señalado en cuanto a la breve limitación de la competencia de los actores dado que el DNU será tratado por la Legislatura el próximo 30 de mayo, vale destacar que mediante el Decreto cuestionado, el Ejecutivo no adopta medidas que tengan un efecto directo e inmediato sobre los derechos, sino que crea una instancia judicial (artículos 25 y 26 del Decreto referido), que en este momento y de modo transitorio es desempeñada por el Tribunal Superior de Justicia, ante la cual, los sujetos alcanzados podrán eventualmente ejercer la defensa de sus derechos. Por lo expuesto, no se admitirá la pretensión de la actora en lo referido a la suspensión cautelar del DNU N° 2/2013, con fundamento en la inexistencia de las circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 103 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Con relación al planteo de ilegitimidad del DNU por legislar en materia tributaria, lo que se encuentra prohibido por el artículo 103 de la Constitución porteña, es posible su tratamiento aún en esta etapa del proceso, por tratarse de una cuestión de puro derecho que no reviste complejidad de análisis. Al respecto, cabe decir que asiste razón a los actores en su pretensión. El artículo 14, 1er. párrafo del DNU cuestionado dice: "No podrán restringirse las libertades de imprenta, prensa y expresión de los medios de comunicación con domicilio o instalaciones en la Ciudad, ni el derecho al libre acceso a la información de las personas de la Ciudad por vías indirectas tales como el abuso de controles oficiales, la imposición de aranceles, impuestos, regulación o cargas extraordinarias para la producción o importación de papel para medios gráficos, de enseres, equipos, insumos y aparatos necesarios para la difusión de expresiones, información, opiniones o ideas por cualquier soporte o modalidad." A su vez el artículo 16, 2do. Párrafo del Decreto dispone: "Las deudas que con los organismos públicos tengan los periodistas o medios de comunicación, cualquiera sea su soporte o modalidad, originadas en cualquier tipo de sanción o multa administrativa o de origen tributario sólo podrán ser ejecutadas judicialmente contra activos que no resulten, directa o indirectamente, imprescindibles para el ejercicio de tal actividad." La incursión en la materia tributaria aparece patente en el artículo 14 cuando establece la imposibilidad de establecer impuestos a la producción o importación de papel para medios gráficos, de enseres, equipos, insumos y aparatos necesarios para la difusión de expresiones, información, opiniones o ideas por cualquier soporte o modalidad. Lo mismo acontece en el artículo 16 cuando limita la ejecución judicial de deudas tributarias de los periodistas y de los medios de comunicación a los activos que no resulten directa o indirectamente imprescindibles para el ejercicio de su actividad. Debe destacarse que el presente análisis se circunscribe a la constatación del establecimiento por medio de un DNU de normas referidas a la materia tributaria, sin importar examen alguno sobre la adecuación de tales normas a los principios constitucionales en materia tributaria contenidos en la Constitución de la Ciudad y de la Constitución Nacional. Por lo expuesto, corresponde admitir la pretensión cautelar suspensiva contenida en la demanda, con relación a las normas del DNU que tratan materia tributaria. Con respecto a la no frustración del interés público, cabe destacar que no se trata del interés público genérico que obviamente debe perseguir toda actuación de la Administración, sino de un interés público específico, de singular trascendencia, cuya prevalencia exigiese la ejecución inmediata del acto cuestionado (conf. CCAyT, Sala II, Boscolo, Elsa c. GCBA, LL 2001-F-859). Interés, cuya existencia al presente y con los elementos incorporados a la causa, no puede advertirse. En cuanto a la contracautela, se entiende suficiente la juratoria, que los actores deberán prestar ante el Actuario en forma previa a la notificación de la medida a la demandada. Por lo hasta aquí expresado, el tribunal, en el acotado marco de conocimiento que el dictado de la presente medida exige, considera que se encuentran configurados los requisitos exigidos para la concesión de la tutela cautelar de manera parcial, limitada a la suspensión de los artículos 14, 1er. Párrafo y 16 2do. Párrafo del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2/2013 en lo referido a la imposibilidad del establecimiento de impuestos a la producción o importación de papel para medios gráficos, de enseres, equipos, insumos y aparatos necesarios para la difusión de expresiones, información, opiniones o ideas por cualquier soporte o modalidad, y a la limitación de la ejecución judicial de deudas tributarias de los periodistas y de los medios de comunicación a los activos que no resulten directa o indirectamente imprescindibles para el ejercicio de su actividad. V. Por lo tanto, RESUELVO: 1. Hacer lugar parcialmente a la medida cautelar impetrada por la parte actora. En consecuencia, se ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se abstenga inmediatamente de aplicar los artículos 14, 1er. Párrafo y 16 2do. Párrafo del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2/2013 en lo referido a la imposibilidad del establecimiento de impuestos a la producción o importación de papel para medios gráficos, de enseres, equipos, insumos y aparatos necesarios para la difusión de expresiones, información, opiniones o ideas por cualquier soporte o modalidad, y a la limitación de la ejecución judicial de deudas tributarias de los periodistas y de los medios de comunicación a los activos que no resulten directa o indirectamente imprescindibles para el ejercicio de su actividad. Todo ello, previa caución juratoria que los actores deberán prestar personalmente ante el Actuario. 2. Regístrese y notifíquese a los coactores mediante cédula librada por Secretaría con carácter urgente. Prestada que sea la caución juratoria, notifíquese al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires mediante cédula librada por Secretaría con carácter urgente.

Osvaldo O. Otheguy Juez Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Bs. As.

Correlaciones: Decreto de Necesidad y Urgencia 2/2013 - BO: 14/05/2013 Nota: (*)

Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. Cita digital: