

## Medida Cautelar Innovativa Improcedencia Funcionario Publico Suspension En El Desempeno De Sus Funciones

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 23 de diciembre de 2013.- Y

VISTOS; CONSIDERANDO: I.- Que, a fs. 125/135, se presenta el Dr. J. M. C. y en el marco de una acción de amparo interpuesta contra el Estado Nacional - Ministerio Público Fiscal - Procuración General de la Nación, solicita el dictado de una medida cautelar con el objeto de suspender los efectos de la Resolución RE SF N° 08/13, dictada por el Tribunal de Enjuiciamiento, en virtud de la cual se lo suspendió en el desempeño de sus funciones como titular de la Fiscalía de Instrucción, del distrito de los barrios Saavedra y Núñez y de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos con Autor Desconocido, y que, a su vez, se ordene al citado Tribunal que se abstenga de proseguir con el proceso llevado en su contra; todo ello, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa (v. fs. 133 vta./134). Para fundamentar su petición, refiere que los antecedentes funcionales de los sumarios administrativos disciplinarios que dieron lugar a las resoluciones aquí impugnadas, se relacionan con la causa N° 36934/12, en trámite por ante la Fiscalía de Instrucción N° 10 -por delegación del Juzgado de Instrucción N° 42, según el régimen legal de los hechos de autor desconocido (artículo 196 bis, del CPPN)- en la cual, una vez identificados los posibles imputados y reunido el mérito suficiente, promovió la convocatoria de aquéllos a prestar declaración indagatoria (dictamen del 22 de mayo de 2013); y con la promoción de la acción penal de oficio que inició el día 16 de abril de 2013 -que puso en conocimiento de la Procuradora General en la misma fecha (Expediente M 2643/2013)- y que tuvo su origen en los sucesos relatados en el programa televisivo "Periodismo para todos", emitido el día 14 de abril, del corriente año. Posteriormente, efectúa un relato de los hechos y circunstancias que dieron origen al inicio de la presente acción, entre los que destaca, que con fecha 22 de noviembre del corriente año, el Consejo Evaluador del Ministerio Público emitió dictamen en los sumarios N° 3068/13 y 7189/13 en el cual -por mayoría- se recomendó la apertura de la instancia de enjuiciamiento. En este sentido, refiere que previa vista a la Asesoría Jurídica, con fecha 4 de diciembre del corriente, la Procuradora General de la Nación dictó la Resolución MP 2537/13, en virtud de la cual dispuso abrir la señalada instancia de enjuiciamiento y remitir las actuaciones sumariales al Tribunal citado, solicitando -a su vez- se disponga su suspensión provisoria en el cargo. Señala, que con fecha 12 de diciembre interpuso recurso de reconsideración contra la resolución citada, recusando con causa a la Sra. Procuradora General. Asimismo, expresa que el mismo día realizó una presentación ante el Tribunal de Enjuiciamiento haciendo saber el recurso interpuesto, solicitando que en su mérito no se incluyera el tratamiento de la resolución impugnada; recusando -a su vez- a cinco vocales del tribunal citado y requiriendo, para el caso de que se tratara su eventual suspensión, se lo escuche antes de resolver la procedencia de la misma. En otro punto de su presentación, señala que con el dictado de la Resolución MP 2651/2013, la Procuradora General de la Nación rechazó el recurso de reconsideración interpuesto, las nulidades denunciadas y la recusación interpuesta; y que por Resolución TE SF N° 8/13, el Tribunal de Enjuiciamiento dispuso su suspensión, la reducción de sus haberes al 70% y el embargo de la diferencia. En virtud de ello, entiende que se lo privó del derecho a ofrecer y producir prueba y se renunció, exprofeso, a ampliar el marco de conocimiento de los sumarios, a favor de una injustificada premura, con abierta violación a los estándares constitucionales y convencionales del debido proceso. Por su parte, manifiesta que la Resolución 2553/13 no cumple con los requisitos formales y sustanciales previstos expresamente en el artículo 24, del Reglamento del Tribunal de Enjuiciamiento, y el artículo 347, del CPCCN, por cuanto no existe una individualización sistemática de las imputaciones, como así tampoco cuenta con una relación clara y circunstanciada de los hechos; requisitos que resultan esenciales en razón de que aquélla constituye la acusación hasta el juicio y sobre ella deben plantearse las defensas, las pruebas a realizarse, etc., de modo que su indefinición u oscuridad condiciona o limita gravemente el ejercicio material de su defensa técnica. Por último, realiza consideraciones respecto de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, solicitando -asimismo- la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 4, 5 y 6, inciso 1°, de la Ley 26.854, y del artículo 15, de la Ley 16.986, por entender que ellos vulneran de manera expresa el derecho a una tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el derecho de defensa en juicio, previsto en el artículo 18, de la Constitución Nacional. II.- Que, a fs. 139 se declara la competencia del juzgado para entender en las presentes actuaciones y, en este estado, pasan los autos a resolver. III.- Que, con prelación a abordar el tratamiento de la medida cautelar solicitada, debo destacar que ellas están destinadas a dar tiempo a la Justicia para cumplir eficazmente su obra, de modo de hacer eficaces las sentencias dictadas por los jueces (conf. Excm. Cámara del Fuero, Sala III, in re "HSBC PARTICIPACIONES (ARGENTINA) SA- INC MED. C/ EN AFIP LEY 24073- DTO. 214/02 S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO?", del 7/10/04, "LOS EOLIOS SA C/ EN-M° ECONOMÍA-AFIP- LEY 24073 S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO?", del 3/12/04, entre otros).

Aclarado ello, corresponde examinar la viabilidad de la medida peticionada a la luz de los recaudos exigidos por el artículo 230, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, en innumerables ocasiones he señalado al respecto que la procedencia de toda medida cautelar está subordinada a una estricta apreciación de los requisitos de admisión, los cuales consisten en la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita, y el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse no pueda, en los hechos, realizarse. Es decir, que a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. Palacio Lino "DERECHO PROCESAL CIVIL", Tº IV-B, pág. 34 y ss.; CNCont. Adm. Fed., Sala IV in re "AZUCARERA ARGENTINA SA - INGENIO CORONA- C/GOBIERNO NACIONAL -MINISTERIO DE ECONOMÍA?", 1º/11/84; CNCiv. Y Com. Fed., Sala I, in re "REMOLCADORES UNIDOS ARGENTINOS SA C/FLOTA FLUVIAL DEL ESTADO ARGENTINO?", 2/3/84; CNCiv., Sala E, in re "TERVASI CARLOS A. Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL?", 5/12/84; Sala C, in re "CONSORCIO DE PROPIETARIOS FRAY JUSTO SANTA MARÍA DE ORO C/VILAS DÍAZ COLODRERO?", 18/6/92). De este modo, para su dictado se requiere que se acredite el peligro de un perjuicio irreparable (Cámara del Fuero, Sala III, in re "DECEGE SA C/ESTADO NACIONAL S/ORDINARIO?", del 16 de agosto de 1990). Sentado lo expuesto, corresponde resaltar que en el subexamine la medida solicitada debe ser clasificada entre las que la doctrina procesal denomina como "cautelar innovativa", ya que no tienden a mantener la situación existente, sino a alterar el estado de hecho o de derecho vigente al momento de su dictado (conf. Peyrano Jorge W., "MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA" pág. 13 y siguientes; Raimundín "PROHIBICIÓN DE INNOVAR COMO MEDIDA CAUTELAR", p. 91 y siguientes, citado en CNCiv. Sala de feria 8/1/87 "AYALA JORGE F. C/SADAIC?",) y que resulta admisible en nuestro sistema normativo en virtud de lo previsto en el art. 232, del CPCCN (conf. Fenochietto Arazi "CÓDIGO PROCESAL?", t. I p. 743). A ello corresponde agregar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que dentro de las medidas precautorias, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, ya que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos 316:1833). Así, dada su excepcionalidad, reclama del Tribunal un especial ahínco en el análisis de todos los presupuestos conducentes a su despacho favorable, vale decir, la exigencia plena de los requisitos comunes de toda medida cautelar. IV.- Que, tras la síntesis realizada, corresponde recordar en lo atinente al primer presupuesto -*fumus bonis iuris*- que aquél debe entenderse como la posibilidad de que éste exista y no como una incontrastable realidad, la cual sólo podrá ser alcanzada al tiempo de dictar la sentencia de mérito (conf. Morello, A. M. y otros "CÓDIGOS PROCESALES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y DE LA NACIÓN", t. II-C, p. 494, ed. 1986). Así, su procedencia se encuentra determinada por la existencia de cuestionamientos sobre bases *prima facie* verosímiles, acerca de la legitimidad del acto atacado (conf. CSJN, Fallos 250:154; 251:336; 307:1702), y cuando se advierta la existencia de un daño inminente y grave a consecuencia de actos que lucen en apariencia arbitrarios (conf. CSJN, fallo del 25-2-92, Recurso de Hecho en autos "ASOC. PERS. SUP. SEGBA C/ MINISTERIO DE TRABAJO?", para cuya valoración no es menester un examen de la certeza del derecho invocado, sino una suficiente apariencia de verosimilitud en el planteo del impugnante (conf. CSJN, fallo del 15-2-94, in re "OBRA SOC. DE DOCENTES PARTICULARES C/ PCIA. DE CÓRDOBA?"; ídem, 11-4-95, in re "ESPINOZA BUSCHIAZO, CARLOS A. C/ PCIA. DE BUENOS AIRES?", pub. LL 1995-D, 199), acorde con la naturaleza, contenido y alcances del acto en cuestión. De este modo, el derecho que se postula en toda medida cautelar se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. En consecuencia, declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal, bastando en sede cautelar que la existencia del derecho parezca verosímil. Así, el resultado de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor no de una declaración de certeza sino de hipótesis, y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si aquélla corresponde a la realidad (Excma. Cámara del Fuero, Sala V, in re "CERES AGROPECUARIA SA C/ EN-AFIP-DGI (JUNIN)-RESOL 70/10 S/AMPARO LEY 16.986?", del 10/01/11). El segundo recaudo -*periculum in mora*- es el que constituye la justificación de la existencia de las medidas cautelares, tratando de evitar que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde (conf. Fenochietto, C. E.- Arazi, R., "CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, COMENTADO Y CONCORDADO", t. I, pp. 664/666). En este punto, es menester recordar que conforme uniforme doctrina de la Excma. Cámara del Fuero, para acceder a cualquier medida precautoria debe evidenciarse fehacientemente el peligro en la demora que la justifique, el cual debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros (Sala IV, Causa N° 884/11, del 22/02/11, con cita de CSJN, Fallos 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695 y 2278; 323:337 y 1849). V.- Sentado lo expuesto, debiendo tener especialmente en cuenta que la verosimilitud en el derecho, a los fines de la traba de una medida cautelar, no requiere de una indubitable o contundente certeza, sino de una razonable probabilidad de que aquél exista (CSJN, Fallos 306:2062; ídem, Fallo del 30/5/95, pub. LL 1996-C-725), debo adelantar que dentro del limitado marco de cognición

que supone este tipo de proceso, que se caracteriza por sus plazos abreviados y la celeridad en el trámite, al constituir una vía urgente y expedita, por principio, no resulta pertinente adentrarse en una decisión que importaría adelantar aquello que ha de ser -a la brevedad- materia de pronunciamiento en la causa ?NOGUEIRA SILVIA PATRICIA -INC MED. Y OTRO C/EN-BCRA-AFIPRESOL 3210/11 S/AMPARO LEY 16.986?, del 12/07/12, con cita de ?LÓPEZ IGNACIO C/ LOTERÍA NACIONAL (SE) Y OTRO S/ AMPARO LEY 16.986?, del 7/4/11; ?ARISTA FARINÍ SEBASTIÁN ÁNGEL C/ EN- APN (EXP 160/02) S/ AMPARO LEY 16.986?, del 01/9/11; ?TOZZI ROMERO MARÍA VICTORIA C/ EN- M° PLANIFICACIÓN S/AMPARO LEY 16.986?, del 22/3/12). Es oportuno a esta instancia del relato recordar que no puede dejar de ponderarse que la decisiones que se objetan y cuyos efectos el actor pretende hacer cesar con el dictado de la presente -que consisten en la suspensión del cargo y el embargo del 30% de sus haberes- (Contemplado en el artículo 20, inc. C, ap. 5, de la Ley 24.946) no resultan, por cierto, la expresión de una decisión definitiva, sino que la cuestión medular deberá decidirse en el proceso de enjuiciamiento que el propio actor pretende suspender con la petición de esta medida. No puede dejar de observarse que dicho proceso de enjuiciamiento resulta claramente el ámbito propicio para que el actor pueda ejercer y hacer valer los derechos y garantías constitucionales que entiende vulnerados; por ello la pretendida suspensión traería aparejado como contrapartida una restricción de los mismos derechos y garantías que según alega le han sido conculcados. De este modo, estimo que el tema traído a examen de este Tribunal excede ostensiblemente el instituto de las medidas cautelares en tanto las cuestiones planteadas requieren un estudio mucho más profundo de las que aquéllas autorizan, así como de una mayor amplitud de debate y prueba. Máxime, teniendo en consideración que lo peticionado se funda en la presunta nulidad de un acto administrativo, en donde el examen del requisito del ?fumus bonis juris? importaría -necesariamente- avanzar sobre la cuestión de fondo para determinar la ilegalidad o arbitrariedad que alega el aquí actor, de necesaria constatación para conferir virtualidad a la medida solicitada (conf. Excma. Cámara del Fuero, Sala II, in re ?ODELLO FABRICIO HERNAN Y OTRO C/BCRA-RESOL 155/11 -EXP 100655/02 SUM FIN 1118-?, del 24 de mayo de 2011). A ello debe agregarse, que en este estado larval del proceso, admitir la pretensión del actor en los términos propuestos, importaría adentrarse -aún de modo provisorio- en el tema a conocer en la sentencia definitiva a dictarse, toda vez que el objeto de la demanda consiste en obtener la declaración de nulidad de las resoluciones dictadas en el marco de los expedientes administrativos M 3068/2013 y M 7189/2013, de la Procuración General de la Nación, de la Resolución TE SF N° 8/2013, emanada del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público, en cuanto dispuso la suspensión del aquí actor como Fiscal de la Nación y la retención del 30% de su remuneración, así como la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 19, inciso ?a?, de la Ley 24.946, y del artículo 31, del Reglamento del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público. VI.- Que, si bien es cierto que al analizar la procedencia de cualquier medida cautelar debe partirse de la idea de que la precautoria a dictarse debe significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, lo cual sólo se logra cuando existe una correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida, esto es, que la medida cautelar adecuada es aquella que tiende a asegurar la eficacia de la sentencia que pueda dictarse, es dable destacar que las medidas cautelares en general deben acordarse limitándolas a una suficiente garantía del derecho aparente que se pretende proteger, evitando -dentro de lo posible- que puedan constituirse en una virtual paralización de la actividad del afectado, como ocurriría en caso de ordenar la suspensión del procedimiento llevado por ante el Tribunal de Enjuiciamiento. En consecuencia, debe concluirse que la cuestión planteada recién podrá ser decidida luego de un estudio mucho más profundo del que este remedio autoriza, a través de una mayor amplitud de debate sobre el tema traído a estos estrados judiciales, el que recién podrá efectuarse luego de oír a la parte contraria (conf. Excma. Cámara del Fuero, Sala V, in re ?ASOCIACIÓN DE HOTELES RESTAURANTES -INC. MED 16-II-11 Y OTROS C/EN-DNPDP S/PROCESO DE CONOCIMIENTO?, del 3 de mayo de 2011). De lo contrario, se generaría tanto en la órbita de los intereses que pretende proteger la actora como en los de la demandada, las mismas consecuencias que traería aparejado que se hiciese lugar a la demanda interpuesta. VII.- Por su parte, es menester destacar que por regla, cuando se peticiona una medida cautelar es necesario que se acredite, prima facie, y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la solución de fondo, la arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Máxime en el presente supuesto, por tratarse de una decisión emanada de un tribunal de enjuiciamiento. En efecto, de los propios dichos del aquí actor, así como de las probanzas aportadas hasta esta instancia, no surge con nitidez la alegada arbitrariedad manifiesta del Tribunal de Enjuiciamiento en orden a la decisión de suspender en sus funciones del Dr. C. mientras dure el proceso ante la instancia de dicho Tribunal. En este punto, también es dable destacar que -en principio- corresponde atenerse a un análisis estricto de los presupuestos de viabilidad cuando -como en el caso- se solicita una medida cautelar anticipatoria, que constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado y configura -en consecuencia- un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, se exige mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. C.S.J.N., Fallos 325:2347; 326:2261; 326:3729; 327:2490; ?ACIJ- Inc. Med. c/ EN- ley 24240- M° Planificación s/ proceso de conocimiento?,

del 14/2/08; ?Corbella y Cia SA c/ GAS NATURAL BAN SA y otros s/ proceso de conocimiento?, del 5/11/10; ?CPACF- INC MED c/ BCRA- Comunicación ?A? 5147 y otro s/ proceso de conocimiento?, del 18/4/11, entre otros). Asimismo, cabe recordar que -por principio- para que una medida cautelar resulte viable, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa; resultando, por lo demás, improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad; en tanto, no debe confundirse la tutela cautelar con la declaración del derecho que se pueda pretender en el proceso principal (?Empresa San José SA c/ EN- M° Economía- ST- CNRT s/ medida cautelar (autónoma)?, del 16/11/06; ?Volpe Rodolfo Ariel y otros-INC MED c/ EN- M° Justicia- SPF- Dto 2807/93 884/08 s/ amparo ley 16.986?, del 18/5/09; ?Rascado Fernández Camilo- INC MED (14-VII- 11) c/ UBACFacultad CC EE - Resol 2067/11 (Exp 44427/10) s/ amparo ley 16.986?, del 14/10/11, entre muchos otros). Por ello, tal situación determina que el pedido deba ser rechazado, ya que de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde descalificar como medida cautelar aquélla que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, pero no lograr el fin perseguido anticipadamente (Fallos 325:2672). Por último, en atención al modo en que se decide, no corresponde expedirse en relación al planteo de inconstitucionalidad formulado, respecto de los artículos 4, 5 y 6, inciso 1°, de la Ley 26.854, y del artículo 15, de la Ley 16.986. Por ello, en mérito de lo expuesto, RESUELVO: I.- Rechazar la medida cautelar solicitada. II.- De conformidad con lo solicitado por la Excma. Cámara del Fuero, se recuerda a los letrados la implementación de la notificación electrónica obligatoria, a partir del 18 de noviembre de 2013, en todas las causas en que se tramiten los escritos de interposición de recursos ante las Cámaras Federales (artículo 1°, Ley 26.685, y artículo 5°, Acordada 38/13, BO 17/10/13) y que la omisión de constituir domicilio electrónico en las apelaciones presentadas con posterioridad a dicha fecha, determinará que todas las notificaciones en la alzada se realizarán en los términos del artículo 133, del CPCCN. Regístrese y notifíquese. PABLO G. CAYSSIALS Juez Federal

Correlaciones: Ley 24946 - BO: 23/03/1998 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: