



Carta de Noticias

DE LA PROCURACIÓN GENERAL



Destacado

Pág. 5

4, 5 y 6 de Junio

TEATRO GENERAL SAN MARTÍN

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE
ABOGACÍA ESTATAL LOCAL Y FEDERAL**
“EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO”

Institucional

- Jefe de Gobierno:
Ing. Mauricio Macri
- Vice-Jefa de gobierno:
Lic. María Eugenia Vidal
- Jefe de Gabinete:
Lic. Horacio Rodríguez Larreta
- Procurador General:
Dr. Julio Marcelo Conte-Grand
- Procuradora Adjunta de Asuntos Patrimoniales y Fiscales: Dr. Alicia Norma Arból
- Procurador Adjunto de Asuntos Institucionales y Empleo Público: Dr. Fabián Horacio Zampone

Sumario

- Editorial
- Novedades de la Procuración General
- Conferencias, congresos, cursos, jornadas, presentaciones de libros y seminarios
- Columna de Opinión de Ex Procuradores:
Dra. Daniela UGOLINI, "El control de la legalidad es uno solo"
- Información Jurídica:
 - I) Actualidad en Jurisprudencia
 - II) Dictámenes de la Casa
 - III) Actualidad en Normativa
- “La relevancia del contenido del orden público”, por Dr. Julio M. CONTE-GRAND



Editorial

Se acerca la fecha del **Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal “El derecho administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho”**, organizado por la Procuración General, los días 4, 5, y 6 de junio (1), que será inaugurado por el Señor Jefe de Gobierno de la Ciudad, Ingeniero Mauricio MACRI, clausurado por la señora Vicejefa de Gobierno, Licenciada María Eugenia VIDAL y que contará con la presencia de numerosas autoridades del Gobierno.

En sintonía con la temática del evento, este ejemplar de **Carta de Noticias PG CABA**, resalta en sus publicaciones, la importancia de la plena vigencia de las instituciones de la Constitución Nacional que garantizan el correcto uso del poder estatal; y su necesario control, a los efectos de posibilitar el ejercicio de los derechos y garantías de las personas bajo el imperio de la juridicidad.

Agradecemos en tal sentido, las colaboraciones especiales de importantes catedráticos tales como los Doctores Francisco D'ALBORA, Eugenio Luis PALAZZO, y Daniela UGOLINI, ex Procuradora General. Estos aportes versan sobre tópicos que serán desarrollados in extenso en el mencionado **Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal**, con la participación de prestigiosos profesores y autoridades nacionales y extranjeros. Entre estos últimos, podemos mencionar al Abogado General de la Unión de Brasil, Dr. Luís Inácio Lucema Adams, y al Ministro del Tribunal Superior de Justicia, también de Brasil, Doctor José Antonio Dias Toffoli.

En la columna de cierre, el Procurador General, Dr. Julio M. CONTE-GRAND, se refiere a la trascendencia del contenido de la noción de orden público en la determinación de lo justo político y del Bien Común.

En otro orden, destacamos que la **Procuración General** cuenta ya con la nueva página web que puede ser consultada en www.buenosaires.gob.ar/procuracion.

Desde este sitio, los lectores pueden descargar –rápidamente-, todos los ejemplares de **Carta de Noticias de la Procuración General** así como la Información Jurídica, actualizados periódicamente (ver botones inferiores en página web).

Por último, y en aras de que la jurisprudencia administrativa uniforme de la **Procuración General** pueda ser, de forma ágil, accesible, conocida, difundida y utilizada tanto por los integrantes del Cuerpo de Abogados de la Ciudad –o bien, de otras jurisdicciones, por el ascendiente y seguimiento que susciten sus consideraciones-; o invocada por los particulares administrados, anunciamos el Proyecto de Digitalización de todos los dictámenes y su publicación en la página web con un buscador que permita recuperarlos a través de variados canales de búsqueda. Trabajaremos en este tema con los equipos profesionales y técnicos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya página institucional es de reconocida utilidad para todos los operadores jurídicos.

Los volvemos a invitar a colaborar con **Carta de Noticias de la Procuración** y, en especial, a inscribirse en el **Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal: “El derecho administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho”**.

(1) Información e inscripción online en www.buenosaires.gob.ar/procuracion



Dra. María José Rodríguez
DIRECCIÓN GENERAL DE INFORMACIÓN
JURÍDICA Y EXTENSIÓN
mjrodriguez@buenosaires.gob.ar



Novedades de la Procuración General CABA

- **PRIMERA REUNIÓN PLENARIA DEL PROCURADOR GENERAL DR. JULIO CONTE-GRAND CON LOS DIRECTORES GENERALES DE TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y LEGAL DE TODAS LAS ÁREAS DEL GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**



La **Primera Reunión Plenaria** de los titulares de las Direcciones de Técnica, Administrativa y Legal de todas las jurisdicciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el Procurador General, Dr. Julio Conte-Grand, tuvo lugar el el día 8 de abril en curso, en el Salón Microcine de la Jefatura de Gabinete del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Durante el encuentro, se examinaron aspectos tendientes a optimizar la articulación institucional y otros, propios de las competencias sustantivas específicas de las distintas Direcciones. También se incluyó entre las materias para analizar en lo futuro, los aspectos normativos cuya reforma debe proponerse.



La **Reunión Plenaria** tendrá carácter itinerante. La próxima, prevista, para el lunes 20 de mayo, a las 16.00 horas, se realizará en dependencias del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad. El temario y dirección precisa de la nueva cita serán informados a la brevedad, a través de la **Dirección General de Información Jurídica y Extensión de la Procuración General de la Ciudad**.

- **CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE LA PROCURACIÓN GENERAL Y LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL**



El convenio -firmado por el Procurador General, Dr. Julio Marcelo Conte-Grand, y el Dr. Jorge Albertsen, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, el 22 de marzo pasado- establece la mutua colaboración al respectivo desarrollo institucional, a través del incremento de sus capacidades de investigación, administración e innovación tecnológica. La Procuración General y la Universidad Austral se comprometieron así a crear canales de comunicación que permitan el intercambio de conocimientos y experiencias en el ámbito científico, técnico y jurídico. La cooperación recíproca alcanza temas de carácter académico, cultural y tecnológico que se concretará mediante la adopción de medidas de coordinación y acción conjunta en todas las áreas de su incumbencia, con la colaboración en coproductos de investigación y desarrollo -intercambiando infor-



mación y recursos humanos calificados en la materia; organización de conferencias, seminarios, cursos, jornadas de capacitación de personal e intercambio de bibliografía.

● NUEVA PÁGINA WEB DE LA PROCURACIÓN GENERAL



La Procuración General ya cuenta con su nueva página web, con novedades en su diseño, formato fotografías, enlaces y atajos, entre otros cambios que los invitamos a visitar en: www.buenosaires.gob.ar/procuracion

Desde ese sitio, los lectores pueden descargar –rápidamente-, todos los ejemplares de Carta de Noticias de la Procuración General así como la Información Jurídica que son subidos periódicamente (ver botones inferiores en página web).

La nueva página web incluye la actualización permanente de todas las informaciones relevantes de la Procuración General, de un modo ágil y dinámico.

● SERVICIO DE INFORMACIÓN JURÍDICA Y OPINIONES ACADÉMICAS

Recordamos a las Direcciones Generales de esta Procuración General de la CABA, y a las Direcciones Generales Técnicas, Administrativas y Legales (DGTALES) del Gobierno de la Ciudad, que pueden solicitar informes sobre líneas de jurisprudencia administrativa y judicial; doctrina y opiniones académicas a la Dirección General de Información Jurídica y Extensión, PG CABA. Los

pedidos serán recibidos en el correo electrónico mjrodriguez@buenosaires.gob.ar, a los efectos de la asignación del número de orden respectivo; y serán satisfechos en un plazo estimado de quince (15) días hábiles, salvo invocación de razones de urgencia.

● INVITACIÓN A LOS LECTORES

Una vez más, invitamos a los lectores de **Carta de Noticias** participar activamente en esta publicación de la **Dirección General de Información Jurídica y Extensión**, con el envío de sugerencias, informaciones, actividades, comentarios, a través del siguiente correo electrónico:

cartadenoticias_pg_caba@buenosaires.gob.ar



Conferencias, congresos, cursos, jornadas, presentaciones de libros y seminarios

● PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE ABOGACÍA ESTATAL, LOCAL Y FEDERAL: EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO



**4, 5 y 6
de Junio**

Teatro General San Martín
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

ORGANIZADO POR LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD

Organizado por la Procuración General, el congreso tendrá lugar en el Teatro General San Martín, Avenida Corrientes 1530, los días 4, 5 y 6 de junio próximo, con la participación de prestigiosos profesores y autoridades nacionales y extranjeros. El evento será inaugurado por el Jefe de Gobierno de la Ciudad, Ingeniero Mauricio Macri y clausurado por la Vicejefa de Gobierno, Licenciada María Eugenia Vidal. Entre los invitados extranjeros se cuentan el Abogado General de la Unión de Brasil, Doctor Luís Inácio Lucema Adams, y el Ministro del Tribunal Superior de Justicia, también de Brasil, Doctor José Antonio Dias Toffoli, y el Dr. Carlos Fernández Ballesteros, de Uruguay. La inscripción online ya está abierta en el siguiente sitio de la nueva página web de la Procuración General:
<http://www.buenosaires.gob.ar/noticias/primer-congreso-internacional-de-abogacia-estatal-federal-y-local>

Los participantes y asistentes recibirán un certificado de asistencia al Congreso, cuyo programa abarca un importante temario, que reproducimos a continuación:

ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO

El Estado Constitucional Social de Derecho. La vulnerabilidad financiera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires frente a las exigencias del gasto público y las necesidades sociales. Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Social de Derecho. Potestades y garantías. Seguridad jurídica y derecho de Propiedad.

SERVICIOS PÚBLICOS, TARIFAS, SUBSIDIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO

Servicios públicos y tarifas. Los subsidios, reparto y control.



COMPETENCIA

Alcance actual de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La competencia del Superior Tribunal de Justicia de la CABA. El mecanismo del *per saltum*. La imposibilidad de saltar la instancia de los superiores tribunales de justicia.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROCESO

A más de 40 años de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. La fuerza expansiva de esta herramienta legal en otros ordenamientos. La legitimación en el procedimiento y en el proceso administrativos. Exigencias del Estado Constitucional Social de Derecho. Procesos urgentes.

DERECHOS E INFRAESTRUCTURA

El derecho a la vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el amparo social. Derecho Urbanístico. Estado Constitucional Social de Derecho y servicios públicos.

CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Equilibrio de poderes e independencia del Poder Judicial en el Estado Constitucional social de Derecho: ¿qué es la democratización del poder judicial? El Control externo de la Administración Pública. El Control judicial de la Administración. Alcance y límites en la jurisprudencia de la CSJN.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Aspectos administrativos del derecho a la salud Ambiente, recursos naturales, espacio público y destino universal de los bienes. La estabilidad del empleado público y la profesionalización e independencia técnica de la Administración.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La responsabilidad del Estado en el proyecto de código civil y comercial de la Nación. La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La extensión del resarcimiento.

ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DEMOCRACIA

El derecho de acceso a la información pública. Secretos oficiales, reserva de las actuaciones.

RÉGIMEN EXORBITANTE Y AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

La revocación del acto administrativo y el conocimiento del vicio por parte del administrado. Acción de lesividad. Dominio público y privado del Estado ¿Es posible la extinción del derecho de propiedad por la revocación de un acto administrativo en sede administrativa?

EXPROPIACIÓN

Ejecutabilidad de sentencias dictadas en juicios de expropiación. Límites al efecto declarativo de las sentencias. Ejecución de sentencias contra el Estado en la ciudad. Acotada inembargabilidad de los fondos públicos.

NUEVOS CONTENIDOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO

ESTADO SOCIAL, RECURSOS Y FEDERALISMO

Constitución y Coparticipación Federal de Impuestos. La coparticipación federal de las provincias.

COMUNAS El derecho administrativo comunal. Comunas y Presupuesto.

ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Libertad de prensa. Ley de Medios. Licencias. Distribución del espectro radioeléctrico y multiplicidad de licencias.

Inscripción online:

www.buenosaires.gob.ar/procuracion

Observación: Si al intentar abrir la página web para su inscripción, advierte que la misma no está disponible, por favor remita sus datos a la casilla de correo indicada, donde serán recibidos y se le enviará respuesta de inmediato.

procuraciongeneral@buenosaires.gob.ar

Tel.: 4323 9200 int.: 7513 / 7477



● JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO: CONTRATOS PÚBLICOS, ENTRE LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

UNIVERSIDAD AUSTRAL
Facultad de Derecho
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

2013 | JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
15 AL 17 DE MAYO

"Derechos, Garantías y Potestades en los Contratos Públicos"

ALGUNOS TEMAS:
La nueva regulación en el ámbito nacional | Contrato de obra pública: vicios en los proyectos, rescisión, régimen tributario, el impacto ambiental y urbanístico | Impugnación de los actos dictados en los contratos | Arbitraje | Los contratos públicos y la unificación de los Códigos civil y comercial | Transparencia y publicidad | Contratos interadministrativos | Garantías e impugnación

CONFERENCIAS A CARGO DE PROFESORES DE TODO EL PAÍS

DETALLES
Fecha: 15 al 17 de mayo
Horario: de 9.30 a 18.30 hs.
Lugar: Universidad Austral, Av. Juan de Garay 125, Salón Auditorio.

www.austral.edu.ar/fd/departamentos/derecho-administrativo/
morellana@ius.austral.edu.ar
11 5921 8000 INT. 8238

[f](http://www.facebook.com/austral.edu.ar) [t](http://www.twitter.com/austral.edu.ar)

Las jornadas, organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, serán realizadas los días 15, 16 y 17 de mayo próximo. Se examinarán, entre otros los siguientes temas: El nuevo régimen nacional: Decreto 893/12. Contrato de obra pública. Concesión de servicios públicos. Convenios urbanísticos. El contrato público como regla de derecho. Potestad sancionadora en el contrato público. Arbitraje. La potestad revocatoria. Contratos interadministrativos. Los principios en los procedimientos de formación del contra-

to. Las contrataciones públicas y las PyMES. La unificación de los códigos civil y comercial y sus efectos en los contratos públicos. Ubicación de los riesgos en el contrato administrativo. Inscripciones en: <http://www.austral.edu.ar/fd/actividad/jornadas-de-derecho-administrativo/z>

● JORNADA: LA REVISIÓN DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGOS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

Uniones convivenciales; Matrimonio; Régimen Patrimonial del Matrimonio; Filiación; Gestación por sustitución y Familia y discapacidad, son los temas serán abordados durante la jornada, el próximo jueves 25, de 14.00 a 17.30 horas, en la Sala 'Dr. Humberto Podetti', Avenida Corrientes 1455, segundo piso. Los expositores invitados son los Dres. Alicia Barreto, Vanesa de la Puente, Ramiro G. Flores Levalle, Adriana Guglielmino, Ignacio González Magaña, Leandro M. Merlo, Fernando Millán, Liliana T. Negre de Alonso y Vilma R. Vanella. La inscripción previa está abierta desde el pasado día 11, en Actividades Académicas (Corrientes 1455, primer piso) de 9:30 a 17:30 horas, y por e-mail a:

infoacademicas@cpacf.org.ar
Informes: 4379-8700 int. 453/454

● JORNADAS NACIONALES DISCAPACIDAD Y DERECHOS

El programa Discapacidad y Universidad de la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil de la UBA convoca a la presentación de ponencias que incluyan desarrollos teóricos, investigaciones o experiencias de gestión para ser expuestas en las Primeras Jornadas Nacionales de Discapacidad y Derechos, que se realizarán el 30 y 31 de mayo de 2013 en la ciudad de Buenos Aires. Más información en:

www.uba.ar/comunicacion/noticia.php?id=3352



● TALLER: TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

El taller a realizarse el lunes 13 de mayo próximo -de 18.00 a 19.30 horas- contará con la exposición del Sr. Nicolás Diana y la moderación de los Dres. Rodolfo E. Diana y Romina Cantero. Organizada por la Coordinación de Actividades Académicas-Comisión de Nóveles Abogados, y a cargo del Dr. Nicolás Oszust, la actividad tendrá lugar en la Sala 'Dr. Humberto A. Podetti', Corrientes 1455, piso 2º. La inscripción previa estará abierta a partir del día 29 de abril, en Actividades Académicas (Corrientes 1455, primer piso) de 9:30 a 17:30 horas, y por e-mail: infoacademicas@cpacf.org.ar

en la materia, desde la perspectiva de la jurisprudencia administrativa de la Procuración General de la Ciudad, contrastada con los lineamientos que emergen de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación. Se entregarán certificados de asistencia dado el tenor académico del evento. La entrada es libre y gratuita. Inscripción en:

observatorio@fecic.org.ar

● DIPLOMATURA FEDERAL EN CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA



El Observatorio Federal de las Contrataciones Administrativas de la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC) informa que el día 8 de julio del año en curso, en horario de 15.00 a 19.00 hs., se realizará en el Centro Cultural Mariano Moreno, sito en Moreno 431, de esta Ciudad, la Reunión Informativa de Presentación de la Diplomatura Federal en Contrato Administrativo de Obra Pública, que inicia el lunes 5 de agosto de 2013 (Informes en: www.fecic.org.ar). En la ocasión disertarán, además, profesores de contratos administrativos sobre temas de actualidad



Columna de opinión Ex Procuradores



La Dra. Daniela Ugolini -actual Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y ex Procuradora General- describió para Carta de Noticias el rol de la Casa -"hacer jurídicamente posible la acción de gobierno y resolver los problemas de aquellas personas que reclaman por sus derechos"- y destacó la importancia del control de la legalidad.

"EL CONTROL DE LA LEGALIDAD ES UNO SOLO"

Por Daniela UGOLINI

Recordar el desempeño de mis funciones como Procuradora de la Ciudad me produce siempre una grata emoción. Trae a mi memoria toda una etapa de mi vida profesional que comenzó con el ingreso a la entonces Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad de Buenos Aires, como abogada recién recibida, y que culminó estando a cargo de la Procuración General, luego de haber ejercido las distintas jefaturas de la carrera administrativa.

La Procuración ha representado para mí un lugar de formación, como el hospital para los médicos. Al poco tiempo de advertir la envergadura de las cuestiones que se debatían tanto en el área judicial como en el área de dictámenes, comprendí la necesidad de una especialización en derecho administrativo y así pude combinar los conocimientos teóricos con las experiencias prácticas que lograron entusiasmarme en la defensa de la cosa pública.

La *cosa pública* en uno de los significados de la voz romana "res pública" que refiere a todos los asuntos de interés público que se gestionan en el Estado y su defensa. Consiste no sólo en la defensa judicial, sino que defiende al Estado también cuando a través de un asesoramiento jurídico oportuno se logra que la actividad del Estado se adecue al ordenamiento jurídico en un marco de razonabilidad que contemple tanto el interés del ciudadano afectado como el interés general. Se defiende así al Estado porque se evitan los perjuicios de la mala administración, que no son para un Jefe de Gobierno, sino para los ciudadanos.

Precisamente el rol de la Procuración es hacer jurídicamente posible la acción de gobierno y resolver los problemas de aquellas personas que reclaman por sus derechos. No se trata de decirle siempre que sí al Estado y no al ciudadano. Todo lo contrario: cuando el análisis jurídico honesto permite advertir que el ciudadano tiene razón, el Estado tiene la obligación de reconocerlo. A veces existe un impulso en mantener la decisión administrativa a pesar de los buenos argumentos expresados en un recurso, casi como si revocar un acto significara un error del funcionario. Sin embargo, el recurso sirve, de modo preciso, para escuchar motivos que no se tuvieron en cuenta a la hora de decidir. Pero en tema de motivos también es muy importante que las decisiones administrativas estén bien motivadas, es decir, que expliquen de forma exhaustiva todas las cuestiones de hecho y de derecho que fundan el acto administrativo.



Durante mi desempeño como Procuradora, en algunas ocasiones recibía un expediente que enviaba un Ministro o Secretario solicitando un dictamen en relación a su proyecto de acto administrativo, a una contratación pública u otra acción de gobierno. En esos casos, si advertía que los fundamentos expuestos eran insuficientes, hablaba con el funcionario y le explicaba por qué su propuesta era inviable. Al responderme, el funcionario comenzaba a desarrollar abundantes razones que en su opinión, justificaban su decisión. Así mi respuesta era siempre la misma: "Entonces escríbalo".

El control de legalidad es uno solo desde cualquier función que se desempeñe: como abogado del Estado; como juez o como fiscal, como en mi caso. Por eso -y por el entrenamiento que tuve en la Procuración de la Ciudad-, hoy me siento tan comprometida con la defensa de la legalidad.

Muchas veces se entiende que el Estado y el ciudadano están enfrentados, tanto como decir que se enfrenta la autoridad con la libertad. Sin embargo en ese equilibrio está la convivencia y la paz social, metas de un Estado de Derecho.

Por último, quiero expresar mi agradecimiento a todos los abogados y empleados de la Procuración General con quienes compartí tantos momentos de la vida y me acompañaron siempre en las funciones para las que fui elegida, sin olvidar al Jefe de Gobierno Dr. Enrique Olivera que me honró con su designación.

(Ndr: Dr. Enrique Olivera, Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 1999-2000)



Información Jurídica

I) Actualidad en Jurisprudencia

(*): De especial interés para las competencias de la PG CABA

***USURPACIÓN. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 335 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.**

Reza el artículo 335 citado: “En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, él/la Fiscal o él/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1, CP, STJ CABA, 25 febrero de 2013.

Con comentarios especiales de los Doctores María José Rodríguez y Francisco D’ Albora.

En autos “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1, CP’” la mayoría del Tribunal Superior de Justicia rechazó una queja en una causa en la que se cuestionaba la validez constitucional del artículo 335 del CPPCABA, en cuanto prevé la posibilidad de que él/la Fiscal o él/la Juez/a interviniente decrete la restitución provisoria de un inmueble, para hacer cesar el delito de usurpación, siempre que haya pruebas suficientes de su existencia.

Resumen del fallo

En el marco de un proceso penal iniciado por la presunta comisión del delito de usurpación, la justicia de primera instancia dispuso el reintegro a su titular de la finca sita en la calle Lafuente 1550, torre 3, piso 10°, departamento “A”, en los términos del art. 335, 4º párrafo, CPPCABA (fs. 4/6). Dicha medida fue confirmada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal que tuvo por acreditada, o por presumible, la apariencia de buen derecho que debe preceder al dictado de la medida requerida, destinada a hacer cesar la comisión del delito tipificado en el artículo 181 del Código Penal, sobre la base de las constancias probatorias de autos. Respecto a la pertinencia de la medida adoptada, explicaron que se había demostrado: a) que el titular registral de la unidad era la Comisión Municipal de la Vivienda —hoy Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires— y el Sr. Jorge Antonio Vázquez su legítimo adjudicatario; b) que el ingreso a la finca por parte de uno de los imputados de la causa fue de modo violento; c) que esa persona había amenazado al Sr. Vázquez, cuando intentó regresar, y también a su hija; d) que el contrato de locación y un recibo de pago acompañados por la imputada no habían sido firmados por el adjudicatario de la vivienda; e) que los dichos de Natalia Monsalvo habían sido controvertidos por el resultado de un peritaje scopométrico. Con esos elementos de juicio los jueces concluyeron que el peligro en la demora para justificar la medida cautelar se encontraba correctamente fundado toda vez que la vivienda ocupada era el único lugar de residencia que poseía el Sr. Vázquez (y su familia), quien por ese motivo estaba viviendo en un Hogar de Día. Finalmente, también destacaron que la imputada Monsalvo había concurrido en una oportunidad a la Fiscalía, a fin de ejercer su descargo y luego, al ser convocada en los términos del art. 161 del CPPCABA, no compareció, razón por la cual —aclararon— no podía afirmarse que los imputados no habían sido individualizados o que no habían tenido oportunidad de ejercer sus defensas. La Defensora Oficial cuestionó en su recurso de inconstitucionalidad la validez del art. 335 del CPPCABA por entender que afecta la garantía de la defensa



en juicio, del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la vivienda y la inviolabilidad del domicilio. Los jueces José Osvaldo Casás (por su voto), Ana María Conde y Luis Francisco Lozano coincidieron en que la defensa no había acreditado en el recurso de queja planteado ante el Tribunal la arbitrariedad de la sentencia recurrida por falta de fundamentación adecuada (Considerando 3 del voto del Juez Casás) y en el entendimiento de que la decisión contra la que se interpuso el recurso, no constituye una sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, ni puede ser equiparada a tal, con fundamento en las garantías que se invocan. Es decir que se rechazó el recurso impetrado por cuestiones estrictamente formales. Pero además de ello, los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, en obiter, se pronunciaron sobre la constitucionalidad del reseñado artículo 335 del CPPCABA, en virtud del “(...) enjundioso desarrollo de los votos de la Dra. Ruiz y del Dr. Corti (...)” (Considerando 1.8). Por su parte la jueza Alicia E. C. Ruiz se pronunció a favor de la inconstitucionalidad de la norma referida y Horacio Corti -juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario-, que en esta ocasión integró el Tribunal, hizo lugar a la queja y expresó que el artículo en cuestión requiere de pautas mínimas de aplicación para ser considerado válido constitucionalmente.

Sumarios del Voto de los Jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano

1). La finalidad perseguida por la norma puesta en crisis

“Suponer que el art. 335 del CPPCABA puede tener la índole de una medida “autosatisfactiva”, importa ver el proceso penal como uno dirigido a la recuperación del inmueble. No bien se tiene en mira que el proceso tiene por objeto una conducta sancionada por el Código Penal, la medida no puede ser “autosatisfactiva”, pues el proceso no tiene por objeto esta satisfacción ...tan sólo el cese del delito. En síntesis, existe un interés del pueblo en que no haya “usurpaciones” y el proceso viene a juzgar, entre otras, las conductas que pongan en vilo ese interés”. (Considerandos 2.5 y 2.6) “(...) la competencia que esas normas le acuerdan al juez penal es la de hacer cesar una conducta que entiende susceptible de constituir, prima facie, el delito de usurpación, o sus efectos (es decir, las secuelas que ha tenido la usurpación) —hasta aquí el 23 del CP— restituyendo el inmueble a quien invoque un derecho verosímil —cf. el art. 335 del CPP“.

2). Interpretación:

“(...) el art. 335 local debe interpretarse, en lo posible, en armonía con el 23 nacional. Ciento es que el art. 335 del CPPCABA agrega el requerimiento del damnificado como requisito de la desocupación y ello supondría un requisito difícil de conciliar con la acción pública, porque la estaría subordinando a la voluntad del propietario. Sin embargo, lo prevé como un requisito para los supuestos en los que el lanzamiento sea dispuesto por un órgano distinto: el fiscal. En tales condiciones, el juez siempre podría en el marco de un proceso regulado por el derecho local disponerlo sin que se encuentre supeditado al requerimiento del propietario (art. 23 del CP), mientras que la ley local agrega que puede hacerlo también el fiscal antes del requerimiento de juicio, esta vez, si el damnificado lo pide. (Considerando 3.4.) “(...) la medida cautelar (cf. los citados artículos 23 y 335) no tienen por objeto “desalojar” a personas de su vivienda, sino hacer cesar una conducta que se estima, prima facie, delictiva, o sus efectos y en el supuesto del 335 reponer a quien verosímilmente tendría derecho a tener el bien. En otros términos, esa decisión no importa una resolución acerca del derecho a la vivienda que pudiera estar en juego”.

3). Alcance:

“(...) el artículo 335 in fine del CPPCABA, aquí cuestionado, regula una pequeña porción del universo al que se aplica el citado artículo 23 del CP; sólo se refiere a los supuestos en que (i) el hecho investigado es el tipificado por el artículo 181 del CP y (ii) existe un pedido de quien se presenta como “damnificado”. No recorta los restantes universos posibles, sino que regula uno en las condiciones señaladas”. “(...) el artículo 335, último párrafo, del CPPCABA agrega, para el supuesto de reintegro del bien, que es el fiscal, ante



el pedido del “damnificado”, quien puede disponer la restitución provisoria del inmueble. Todas las demás reglas, incluidas aquellas de las que se agravia la defensa, tienen respaldo también en el 23 del CP, cuya validez no ha sido cuestionada; y la intervención del fiscal sin la del juez, legítima o no, no está en tela de juicio, pues no la ha llevado a cabo”. (...) La facultad prevista en el art. 335 del CPPCABA “debe ser ejercida con prudencia y con una actitud activa de parte del juez, orientando su energía a asegurar que los afectados no padecan restricciones de aquellos derechos que pretendan ejercer, sino solamente de ventajas que, fruto o no de una situación antijurídica, no exhiben respaldo en derecho alguno previsto por el ordenamiento jurídico” (voto de los jueces Conde y Lozano en autos “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Recurso de inconstitucionalidad en autos Sevallos Pérez, María y otros s/ infr. art. 181 inc. 1, usurpación (despojo) – CP (p/L 2303)’”, Expte. N° 8160, sentencia del 15/11/2011).

4. Principio de inocencia y derecho de defensa:

“La orden de restitución no puede ser calificada como una pena o sanción anticipada porque, como el derecho de propiedad sobre el inmueble no queda abarcado por el ámbito propio del pleito, sería difícil hablar de una privación de ese derecho que pueda configurar una pena. En realidad, si la medida es dispuesta válidamente, la única privación que podría provocarle a sus ocupantes sería la de una ventaja, beneficio o “provecho”, cuyo mantenimiento, de acuerdo a los elementos que deben existir y valorarse en la decisión, carecía de un mínimo respaldo”. (...) la ausencia de un pronunciamiento que cause estado, o, centralmente, de uno que se expida acerca de la culpabilidad en torno al ilícito investigado, impide considerar que la orden de restitución (cf. los arts. 335 del CPPCABA y 23 del CP) lesione el principio de inocencia”.

5). La Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales:

La obligación que han contraído los estados consiste en evitar que existan “injerencias arbitrarias o ilegales” en los domicilios de las personas; garantía que, en palabras del Comité, forma parte del “derecho a una vivienda adecuada”. En ese orden de ideas, el artículo del Pacto al que remite la Observación, el art. 17, pto. 1, del PIDCyP, dice: “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” (nuevamente, el subrayado no pertenece al original). A su vez, los desalojos que se lleven a cabo deben estar revestidos de las garantías procesales que señala el punto 15 de la Observación. “Los arts. 181 y 23 del CP y 335 del CPPCABA deben ser aplicados en consonancia con el cumplimiento de esas reglas. La Observación, tal como quedó transcripto supra, impone a los estados, como regla, no llevar a cabo desalojos forzados y evitar que otros (“terceros”) los realicen”. “No resulta lógico sostener que existe un derecho a la vivienda, por un lado, y un compromiso del estado a no hacer cesar las conductas que pongan en vilo ese derecho, por el otro. El compromiso estatal consiste en que nadie se vea desalojado de manera forzosa de su domicilio, y que las medidas que en ese sentido se adopten estén revestidas de las garantías que indica la Observación n° 7, y en ese escenario se enmarcan, en parte, los citados artículos 181 y 23 del CP y 335, in fine, del CPPCABA. (...) sólo se puede hablar de “desalojo forzoso” cuando la ocupación no es el resultado de alguno de los actos prohibidos por el art. 181 del CP (...).”



Comentario:

Una sentencia que ilustra la necesaria primacía del bien común por sobre el bien individual para la convivencia social

Por María José RODRÍGUEZ.



1. La necesidad del Estado: su fundamento.

1.1. La sentencia en comento nos remite a los fundamentos del Estado, como institución necesaria y perfecta (1).

En efecto, el hombre es un *zoon politikon*, un ser social; sólo un Dios o un demonio puede vivir fuera la sociedad, esto es, en soledad absoluta. Ello se explica por la interdependencia que exhiben las personas, las unas respecto de las otras, en la satisfacción de las respectivas necesidades.

Justamente para posibilitar esta mutua ayuda y distribución de los frutos de la cooperación social, existe el Estado.

La razón de ser del Estado, causa final, entonces, es el Bien Común. Como enseña la filosofía clásica, el Bien Común, es el conjunto de condiciones que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios, la realización de sus fines existenciales propios, en libertad y bajo su propia responsabilidad.

El Bien Común ciertamente comprende, como elemento o condición necesaria, un orden que está dado en el Estado Constitucional Social de Derecho hodierno, por la Constitución y el restante bloque de legalidad. Ese orden debe plasmar la justicia, esto es, debe procurar dar a cada uno lo que le corresponde; y tiene por resultado, la paz social.

Sin justicia ni paz social es imposible el logro del Bien Común, y, naturalmente, tampoco del Bien Particular.

Porque el Bien Común es el conjunto de presupuestos que posibilitan la realización y obtención del bien individual que se alcanza por la actividad propia de los miembros de la sociedad y bajo su responsabilidad personal.

En otros términos, debe primar el bien común o social porque sin él, no es posible el logro del bien individual.

Recordemos la indigencia de la criatura humana que sólo puede remediar sus necesidades, aun las más primarias, en sociedad.

El Bien Común no es como lo enseña el individualismo, *la suma de los bienes individuales*; tampoco es, como lo explica el colectivismo, la participación en el todo colectivo: es el conjunto de presupuestos de toda índole, religiosos, morales, culturales, materiales, espirituales, jurídicos,



económicos, etc., que permiten a las personas “la buena vida” como decían los griegos, o en palabras de José Martí, que puedan realizar su proyecto de vida propio.

1.2. Bajando desde estas consideraciones al caso en análisis, vemos que los doctores Conde y Lozano destacan que el derecho protegido por la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, *no es el de propiedad de quien es despojado de la posesión de un inmueble*.

Advierten en tal sentido que, en puridad, el proceso penal no está diseñado para la tutela del dominio ni otros de propiedad de un titular, *sino para el aseguramiento de un orden público que se vería perturbado por la afectación de un derecho de propiedad*.

Señalan que el derecho penal está dirigido a generar un escenario en el cual haya un *generalizado respeto por los bienes que las normas tutelan* antes que a reponerlos o compensar las afectaciones singularmente cometidas contra ellos.

Explican que el Derecho busca asegurar un bien público distinto de la vida o de la propiedad que tienen titulares personales. Ese bien público sería la paz social.

Porque ciertamente es un bien de todos los que convivimos en una sociedad, *la certeza de que las posibilidades de que alguien nos prive de nuestros bienes sean relativamente bajas*.

Este es el carácter público del conflicto individual.

Congruente con este carácter e interés público que debe primar, la acción es pública. Su titular es el pueblo. Que la acción sea pública, dicen los magistrados, da cuenta de que *hay un interés del pueblo en que no existan usurpaciones*, es el interés no sólo del pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es el interés del pueblo de la República.

Esta primacía del interés social se opone a la conceptualización de este conflicto como una antinomia entre *derecho de propiedad o derechos reales*, y por otro, *derechos sociales* que nuestro ordenamiento constitucional establece. Esta visión denotaría, en puridad, y más allá de la apelación a la justicia social, una lógica individualista. En efecto, **se concibe al individuo por encima de los presupuestos de la convivencia que posibilitan la convivencia armónica de todos**.

Justamente, la justicia social (2), que en rigor está representada por el bienestar económico y social del pueblo de un Estado, se logra en un Estado Constitucional Social de Derecho bajo la vigencia irrestricta de la juridicidad, que indudablemente, es una condición insoslayable del bien común, y de la paz social.

Las consideraciones que dejamos expuestas no se desinteresan de las necesidades sociales de las personas que generalmente pertenecen a grupos de elevada vulnerabilidad.

Entendemos que la respuesta tiene que venir dada por la ley, por la justicia legal (3), y por la Administración activa, que tiene la competencia y los medios -aun cuando sean escasos-, para hacer frente a las necesidades cuya cobertura mínima toda sociedad civilizada debe garantizar a estos grupos vulnerables a los que se refiere, con loable preocupación, el voto de Corti (v. Acápite VIII, 12.2.).

Pero la satisfacción del bien individual nunca puede ser a costa de los valores de convivencia sobre



los que reposa el bien de todos y la paz social. Ello implicaría afirmar que el bien o la conveniencia de una persona debe prevalecer por sobre el del resto de toda la comunidad (4). Y desde una perspectiva más concreta, -y por cierto escandalosa-, que la persona afectada por el despojo, debe atender con sus bienes, las necesidades de quien verosímilmente ha perpetrado la usurpación para obtener un techo, *quedando, a su turno, él (el despojado), sin techo*; como aconteció en este caso en comento. No cabe duda que esto último, tal como lo hacen notar los doctores Conde y Lozano, además de afectar en no pocas situaciones a gente de tan escasos recursos como el presunto usurpador, viola la igualdad ante las cargas públicas, principio fundamental del reparto social y de una sociedad democrática e igualitaria.

2. Colofón: Estado Constitucional Social de Derecho vs. Hegemonía.

El imperio del derecho es justamente lo opuesto a *la ley de la selva*, el derecho del más fuerte; el imperio del derecho justamente reconoce los derechos de los menos fuertes, los más vulnerables. Cuando postulamos la justicia social, debemos confiar en el derecho; lo contrario, implica en definitiva, una subestimación del derecho como herramienta reguladora de conductas y hacedora de la paz social. Ese imperio del derecho o nomocracia, significa también la igualdad de las personas, *no nos gobierna la voluntad de alguien*, sino las normas (*the rule of law*).

Estas tienen su máxima expresión en la Ley Fundamental.

Por Constitución o Ley Fundamental se entiende el orden jurídico positivo determinante de las prerrogativas del Estado y de los derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, la Ley Fundamental regula el ejercicio del poder estatal, la forma jurídica de su adquisición, la amplitud de sus poderes y los derechos de los ciudadanos frente a él.

Un principio constitucional no escrito válido para todos los estados, es el principio de legitimidad (5); la vinculación ético jurídica tanto del poder estatal como de los grupos de la sociedad pluralista a los principios jurídicos fundamentales de la conciencia jurídica y de la conciencia del pueblo derivada de esta. En esto se ha de ver la parte más esencial de la unidad de la voluntad de la población estatal como unidad política, del consentimiento de la comunidad política determinante de la soberanía popular.

El principio constitucional de la legitimidad excluye todo absolutismo del Estado y todo totalitarismo estatal, resultado de entender *la hegemonía del Estado como algo por encima del derecho y la ley*. En definitiva, la mejor forma de preservar las necesidades sociales de los grupos más desposeídos y vulnerables está vinculada a la salud de las instituciones de la Constitución, cuyas deficiencias de funcionamiento, como indicara el hoy Pontífice FRANCISCO, producen altos costos sociales.

En la Constitución y en sus instituciones, está conciliada la voluntad general. No busquemos otra cartografía política (v. BERGOGLIO, Jorge Mario, Diario *La Nación*, ejemplar del domingo 24 de marzo de 2013, "El día que Bergoglio pidió defender la Constitución y la independencia judicial", p. 12, Sección Política).

(1) V. también, Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Ética, Poder y Estado* (Rap, Bs.As., 2004, p.63).

(2) Están obligados por la justicia social, en primer lugar los grupos sociales, en las negociaciones y acuerdos deben concederse mutuamente la parte que les corresponde en el producto de la cooperación económica y social. La justicia social reclama no sólo una distribución justa



del producto social, sino que obliga a realizar las prestaciones necesarias para el bien común, su consolidación y seguro desarrollo y para el progreso social y económico (v. MESSNER, Johannes, *Ética Social, Política y Económica a la luz del derecho natural*, ps. 499 y ss.).

(3) La justicia legal dirige el poder de ordenación social al bien del todo social; la justicia distributiva lo dirige al bien de los miembros de la sociedad (*ibidem*).

(4) Por estar ligado a los fines existenciales, el bien común sólo puede alcanzarse realmente dentro del orden de los fines. Esto significa que la persona humana no puede ser convertida en un instrumento del bien común en ningún caso, sin que el mismo bien pierda la razón fundamental de su existencia.

La transgresión de la esfera de los fines de rango inferior puede quedar sin efectos perjudiciales para el bien común, solamente los tendrá en el caso de que sea el único medio para asegurar la función del bien común al servicio de bienes de rango superior. El bien común no puede ser comprado a costa del desarrollo de la personalidad humana (v. MESSNER, Johannes, ob.cit., ps. 230 a 231).

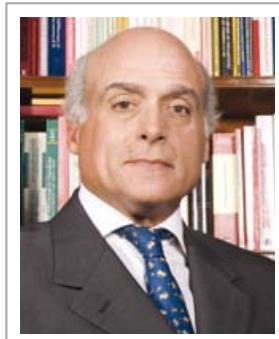
(5) V. MESSNER, ob.cit., ps. 958 y ss..



Comentario:

Especial para Carta de Noticias de la Procuración General CABA.

Por Francisco D' ALBORA.



En un fallo reciente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1) se resolvió por mayoría (votos de los Dres. Casás, Conde y Lozano) rechazar la queja por el recurso de inconstitucionalidad denegado, en el que la defensa impugnaba la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que confirmó la sentencia de primera instancia que había dispuesto, en el marco de un proceso penal iniciado por la presunta comisión del delito de usurpación, el reintegro de un inmueble (art. 335 CPPCA-BA), por afectar la garantía de la defensa en juicio, del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la vivienda y la inviolabilidad del domicilio. En el voto del Dr. Casás, del que hacen eco los Dres.

Conde y Lozano, se decide rechazar la queja por razones de forma, con fundamento en que: 1º La decisión contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad que la queja venía a defender no constituía sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley N° 402, ni podía ser equiparada a tal, (2) y la defensa no había acreditado que correspondiera hacer excepción a esa regla; 2º La defensa no rebate los argumentos expuestos por los jueces de la Cámara al confirmar la decisión de primera instancia que dispuso el reintegro del inmueble; 3º “la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (3). Sin perjuicio que el Máximo Tribunal de la Ciudad rechazara la queja por razones de forma, se adentró en la cuestión de fondo, que se desarrollará a continuación.

El delito de usurpación

Aunque la teoría del bien jurídico no es adoptada en forma unánime por la doctrina, especialmente por los que comparten la tesis de Jakobs y sus seguidores (los Dres. Conde y Lozano la desarrollan en su voto), consideramos que aquella cumple con un rol fundamental para el derecho penal, fijando los alcances y límites de la norma penal y el poder punitivo que pretende desencadenar. La afectación de un bien jurídicamente tutelado es el presupuesto de la punibilidad. La norma penal sólo puede proteger bienes jurídicos previamente dados, como la vida, la integridad física, la propiedad, etc. “Un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (4). Una consecuencia de la teoría del bien jurídico y de la garantía de la libertad (principio de reserva del art. 19 CN), es que las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecta al libre desarrollo del individuo o a sus presupuestos sociales (5).



Los bienes jurídicos son aquellos contemplados en la Constitución Nacional y los distintos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Según la ubicación sistemática del tipo penal (6) ninguna duda cabe acerca que en caso se trata de tutelar la propiedad, resguardada en el art. 14 y 17 de la Constitución Nacional, art. 21 CADH, art. XXIII DADH, art. 17 DUDH y art. 12.5 Constitución de la CABA. Desde antiguo, la CSJN ha entendido que por el término “propiedad” utilizado en los arts. 14 y 17 de la CN, se ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales e inmateriales, y todos los intereses apreciables que una persona pueda poseer fuera de sí mismo, de su vida y su libertad (7).

“La usurpación consiste en la acción de despojar, esto es, privar de la ocupación del inmueble a su tenedor, poseedor, o cuasiposeedor, quienes deben ser remplazados o excluidos de aquella ocupación. Quien ya detenta o posee no interviene el título, porque siendo ya tenedor o poseedor no despoja” (8).

El objeto material del delito es el inmueble (art. 2314 Código Civil). Se busca tutelar todo derecho patrimonial que se ejerza sobre él, de todo acto que impida ese ejercicio o lo turbe. La Ley no protege sólo el dominio (art. 2506 Código Civil), ya que abarca cualquier derecho que se tenga sobre el inmueble, ya sea que procedan de algún derecho real (art. 2503 código civil), o de una posesión (art. 2351 Código Civil) o tenencia (art. 2353 Código Civil) que permitan ocuparlo total o parcialmente (9). El sujeto pasivo del delito es la persona física o jurídica poseedora o tenedora del inmueble que lo tiene bajo su esfera de custodia, o sea, la que efectivamente tiene el hábeas a título propio, de modo que excluya la existencia contemporánea de un poder de otro (10).

La Ley no exige que el sujeto pasivo ostente un título legítimo, sino apenas la existencia de un poder de hecho y consolidado sobre la cosa (11), por lo tanto dando lugar incluso que en el caso de la posesión exista “el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa”. (art. 2470 Código Civil).

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona física, quien privó el uso y goce ajeno, no quien usa ilegítimamente la propiedad de la que fuera despojado aquel que tenía derecho.

Los verbos típicos son: despojar, que implica sacar o desplazar, total o parcialmente, al sujeto pasivo de la ocupación del inmueble, o impedirle continuar realizando los actos propios de su ocupación, tal como los venía ejecutando. “La usurpación exige la privación de la cosa a quien goza de ella en el momento en que la acción se verifica, no bastando que se le impida reintegrarse a su goce” (12). El verbo despojar implica quitar a quien posee real y efectivamente el inmueble, y no el puro derecho de propiedad, cuya defensa debe realizarse en sede civil (13). Las modalidades comisivas son: la invasión, por el cual el actor ingresa para ocupar un inmueble junto con los habitantes anteriores, si los hubiera y el mantenimiento, dado generalmente cuando el actor invoca un título supuestamente legítimo. Los medios comisivos: para que se consume el despojo en alguno de los modos expuestos es necesario que sea ejecutado por alguno de los medios taxativamente enumerados (14): La violencia física tanto sobre las personas, para vencer la resistencia que ofrezcan al actor, como sobre las cosas, que impidan el ingreso o la permanencia en el lugar, (p. ej.: cambiar cerraduras (15), o poner una cadena con candado para evitar el ingreso (16)). Se ha definido que “hay violencia... cuando la oposición asuma suficiente entidad como para representar, aún de manera tácita pero seria, un anunciado despliegue de energía humana o de otra índole, que signifique su real amenaza o haga presumirla con visos de verosimilitud” (17). Las amenazas constituyen



la violencia moral, en los términos del art. 149 bis. tipo penal cuyos efectos son absorbidos por la figura de la usurpación (18). El engaño es cualquier conducta que disimule la verdad, un ardid idóneo que induzca al error en el sujeto pasivo o a un tercero, permitiendo la ocupación. El abuso de confianza es la conducta del que despoja al sujeto pasivo aprovechando la confianza que le ha otorgado al permitirle el acceso al uso del inmueble, manteniéndose en él como ocupante, o intervirtiendo el título en virtud del cual se le permitiría ejercer sus derechos sobre el inmueble, de modo de desplazar a quien lo debe ejercer. La clandestinidad se refiere a la ocultación de los actos de ocupación respecto de las personas que tienen derecho a oponerse a ella (2369 Código Civil). El tipo requiere dolo directo, esto es: el sujeto activo debe tener conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo. El despojo debe tener la finalidad de permanecer en el inmueble ocupándolo. El despojo usurpador se consuma cuando se produce con la invasión del inmueble constitutiva de la ocupación, cuando se expulsa al sujeto pasivo como manifestación de ocupación, o cuando el actor que está en el inmueble impide la actividad de aquél tendiente a ejercer su derecho, lo que implica continuar la ocupación que ya ejercía. Es un “delito instantáneo de efectos permanentes” (19), por lo que “tratándose de un delito instantáneo, los actos... posteriores a la consumación no son un medio usado para despojar” (20).

La invocación a garantías y derechos conculcados

Es trascendente señalar que la Constitución no consagra derechos absolutos, y los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamenten en forma razonable. Así los art. 14 y 28 de la Constitución Nacional establecen que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” y “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (21).

La declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, siendo la incompatibilidad con ésta absoluta (22). La Ley Fundamental es una estructura sistemática, donde sus distintas partes forman un todo coherente (23).

La afectación a la garantía de la defensa en juicio, del debido proceso y la presunción de inocencia

El derecho de propiedad sobre un inmueble, al no estar abarcado por el ámbito propio del pleito, no da lugar a que la orden de restitución puede ser calificada como una pena o sanción anticipada. Se considera a la previsión jurídica del art. 335 CPPCABA como una medida cautelar (24). Se trata, tal como lo establece la norma, de una decisión que se adopta de modo provisional. El legislador ha brindado la posibilidad de interrumpir una conducta que, prima facie, sea constitutiva de un delito. El “periculum mora” (presupuesto de todas las medidas cautelares), implica el peligro que la demora en obtener una sentencia rápida ocasione un perjuicio” (25). Las reglas contempladas en el art. 335 CPPCABA vinculadas al “peligro en la demora” deben interpretarse en consonancia con el art. 23 CP, que define “peligro”, y consiste en evitar que continúe una conducta que se estima delictiva, o sus efectos, o que se consolide su provecho o se obstaculice la investigación de la conducta de los partícipes. Por derecho verosímil, no debe entenderse solamente el derecho real sobre el bien inmueble despojado, sino también la verosimilitud de la existencia del delito, la adecuación típica del mismo y la participación de los imputados en los hechos, ello con el grado de certeza que exige la etapa preliminar (fumus boni iuris).



No resulta suficiente tener por acreditado el dominio del damnificado sobre la cosa, sino que el acusador debe acreditar con un grado de certeza suficiente la posible comisión por parte de los imputados del delito de usurpación, que requiere la acreditación (aunque sea preliminar) del medio comisivo para perpetrar la usurpación.

Esto obedece a que la restitución de inmuebles no resulta de aplicación automática, puesto que de esa forma se extendería ilegítimamente la letra de la norma invocada (26). El art. 335 CPPCABA regula una porción del universo del art. 23 CP, refiriéndose sólo a los supuestos en los que el hecho investigado fueran los tipificados en el art. 181 CP y que existiera una solicitud por parte del pretendido damnificado. No acota el resto del universo del art. 23 CP, sino que regula alguna de las condiciones que señala. El resto de las situaciones relativas a la restitución del inmueble, distintas a cuando existiera una solicitud por parte del pretendido damnificado sigue encontrando arraigo en la norma de fondo del art. 23 CP. Los medios de coerción procesal, cualquiera sea su especie, importan una intromisión forzada del Estado en el ámbito de la libertad jurídica de una persona; como tales, deben ajustarse, para su procedencia, a requisitos insoslayables. Ciertas medidas adoptadas en el marco de una investigación penal no requieren de una audiencia del sujeto pasivo de la medida coercitiva, que ve sus derechos restringidos sin que recaiga una sentencia condenatoria. Cuando estas medidas están dirigidas a obtener elementos para la investigación, como en el caso del allanamiento o la requisita, se vería frustrada la finalidad si el sujeto pasivo de la medida tomara conocimiento que esta se llevará a cabo, pero, claramente, la restitución del inmueble contemplada por el art. 335 CPPCABA no posee el objeto de contar con elementos de prueba. Compartimos la visión del Dr. Corti, plasmada en el fallo objeto de análisis, que adopta una interpretación integradora del ordenamiento ritual bajo la óptica de nuestra Constitución, que impone el deber de adoptar la decisión de la medida cautelar contemplada por el art. 335 CPPCABA de acuerdo con las previsiones que se contemplan en Libro Segundo, Título V. Allí se encuentra reglado lo atinente a la procedencia y particularidades de las medidas precautorias. En todos los casos estipulados se prevé que quien vaya a ser objeto de la medida restrictiva o coercitiva cuente con la posibilidad de tomar conocimiento del proceso instaurado con asistencia de su defensa. La circunstancia de que la restitución se encuentre ubicada fuera del capítulo en cuestión no modifica su estructura técnico-jurídica ni el hecho de que deba ser decidida de conformidad con los parámetros que la ley establece para las de su tipo. Esta solución es congruente con la protección del derecho de defensa en juicio, debido proceso y conlleva un curso de acción judicial más beneficioso para el destinatario de la medida, que se encuentra alcanzado por el principio de inocencia en toda su extensión, a fin de otorgarle un mínimo de intervención que le garantice la posibilidad de tomar conocimiento de las características de la causa, de los hechos denunciados, el control de la prueba y la oportunidad de ofrecer la propia, como también de brindar las explicaciones que estime corresponder o plantear las defensas que le asistan. Es cierto que el juez podría privar en forma equivocada a una persona o personas de su derecho de tener o poseer el inmueble, pero esto puede ser subsanado acreditando el yerro ante el juez, o por la vía del recurso de apelación. Así el 27 de octubre de 2009, como consecuencia de un requerimiento efectuado por la Sala II, la CAPCyF se pronunció en el Acuerdo 4/2009 sobre el efecto que correspondía al recurso de apelación interpuesto contra decisiones que hicieran lugar a la restitución de inmueble prevista en el art. 335 CPPCABA. En pleno, la Cámara decidió por unanimidad que “a los efectos de asegurar el derecho de defensa en juicio y en el caso particular cuando los jueces de primera instancia dispongan la medida cautelar del art. 335 del CPPCABA in fine y la misma sea apelada, el recurso tiene efecto suspensivo”.

La afectación al derecho a la vivienda y la inviolabilidad del domicilio

El Estado tiene a su cargo la obligación de brindar a la ciudadanía el marco institucional y socio



económico para hacer viable el acceso a una vivienda digna, lo que en manera alguna se contrapone con su obligación de hacer cesar las conductas que pongan en peligro ese derecho, pues ambos se complementan. El compromiso estatal al que se alude en la Observación N° 7 consiste en que nadie se vea desalojado de manera forzosa de su domicilio, y que las medidas que en ese sentido se adopten estén revestidas de la garantía que invoca. La Observación General N° 7 no genera derechos respecto de las ocupaciones que sean producto de un delito, y cuando esta refiere a los distintos supuestos de desalojo se refiere a: trasladados forzados de población, éxodos en masa y movimientos de refugiados; ninguna de las cuales está conectada a una ocupación que provenga de alguna de las acciones tipificadas por el art. 181 del CP. Por lo tanto sólo se podrá hablar de “desalojo forzoso”, en los términos establecidos por la Observación N° 7, cuando la acción estatal sea ejercida sobre una ocupación que no sea resultado de alguno de las acciones tipificadas por el art. 181 del CP. Es que una interpretación distinta conllevaría a considerar que una vía legítima para procurarse la vivienda sería la realización de conductas penalmente reprochables, ante las cuales tanto el particular damnificado, como el Estado se verían impotentes.

(1) Expediente N° 8142/11 “Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1, CP”, 25/2/2013”.

(2) Cf., entre otros, expediente N° 3338/04: “Ministerio Público -Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción Ley N° 255 -apelación-”, 1/12/2004; mutatis mutandi, expediente N° 4994/06: “Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Benítez, Sergio David s/ art. 189 bis del CP”, 23/5/2007 y expediente N° 7512/10: “Quiroga, Gabriela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Quiroga, Gabriela s/ inf. art. 111 CC”, 23/3/2011).

(3) Cf. “Carrefour Argentina SA s/ recurso de queja”, en Constitución y Justicia, Fallos del TSJ, t. II, p. 20 y siguientes.

(4) ROXIN, Claus, “Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” (Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 57-58).

(5) ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de la crítica legislativa sometido a examen” (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Granada, 2013) <http://criminet.ugr.es/recpc>

(6) El delito se encuentra en el libro segundo del Código Penal, Título VI de “delitos contra la propiedad”, tipificado en el Capítulo VI, que se refiere a las diversas formas de usurpar.

(7) CSJN, Fallos 145:307, “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”, 1925, y CSJN, Fallos 184:137, “Storani de Boidanich, Victoria e Hijos c/ Ansaldi, Imperiale y Bovio”, 1939.

(8) CNCyCCF, Sala I, “Moretta, Humberto M.” 11/24/1995.

(9) DONNA, Edgardo A., “Derecho Penal Parte Especial Tomo II-B” (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 725/743). (10) CAPCyF, Sala III, Causa Nro.: 0057516-02-00/09. Autos: “LEGAJO DE JUICIO EN V., J. A. y Otros s/ infr. art. 181 inc. 1, Usurpación (Despojo) - CP (p/L 2303)”, 22/12/2010.

(11) SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino IV” (Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, p. 526).

(12) CS de Tucumán, “Díaz Julio Eduardo”, 15/4/2003, <http://www.diariojudicial.com>

(13) CNCyCCF, Sala I, “D., D. S.”, 6/24/1993.

(14) En igual sentido: CAPCyF, Sala III, Causa N° 5469-03-00/09. Autos: “Inc. de restitución en autos Uchupomo “Palomino, Marcos Antonio y otros s/ infr. art. 181 inc. 1, Usurpación – CP (p/ L 2303)” 2/12/2010.

(15) CNCyCCF, Sala VII, “T. de B. M.”, 4/11/1997; CNCyCCF, Sala VI, “Klein, Carlos R.”, 8/4/2003.

(16) CNCyCCF, Sala IV, “Ocupantes finca Cochabamba 512”, 25/2/2003.

(17) CNCP, Sala I, 16/5/1994.

(18) CNCyCCF, Sala V, “M. C., E.”, 16/2/2007.

(19) CNCyCCF, Sala I, 27/5/1993.

(20) FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Parte especial del derecho penal”, p. 236.; en igual sentido CNCP, Sala III, “C.M.D. s/Recurso de Casación”, 4/16/2003.

(21) CSJN, Fallos 199:149 y 483, 200:450, 308:814, 312:318, entre otros.

(22) CSJN, Fallos 333:447, 331:2799, 331:2068, 330:3853, 330:2981, 330:2255, 330:1036, 330:855, 329:5567, 329:5382, entre otros.



(23)CSJN, Fallos 307:326, 312:1681, 326:4816.

(24) CAPCyF, Sala II c.43.524-00-CC/2008, “Tubio, Pablo Martín s/infr. art.181, inc.1, CP-Apelación”, 08/04/2009; CAPCyF, Sala I, c.21.954-01/2008 “N.N (Virrey Liniers 192)”, 12/11/2008; Sala III, c.17.685-00/2009 “Camacho, Jorge Luis y otros s/infr. art.181, inc.1, CP”, 4/2/2010, entre otros; asimismo, con relación al art. 238 bis CPPN: D’ALBORA, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

(25) CAPCyF, Sala III. Causa N° 5469-03-00/09. Autos: “Inc. de restitución en autos Uchupomo Palomino, Marcos Antonio y otros s/ infr. art. 181 inc. 1, Usurpación – CP (p/ L 2303)”. 02/12/2010. CAPCyF, Sala III, Causa N° 17685-00-00-09. Autos: “C., J. L. y otros s/ infr. art(s). 181 inc. 1, Usurpación (Despojo) - CP (p/ L 2303)”. 04/02/2010. CAPCyF, Sala III, Causa N°: 31215-03-00-09. Autos: “INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS YULITA, HUGO RUBÉN s/ infr. art(s). 150, Violación de Domicilio - CP (p/ L 2303) - REGULACIÓN HONORARIOS.” 15/12/2009. CAPCyF, Sala II, Causa N° 32413-01-CC-2008. Autos: “Incidente de nulidad en autos ALCAYAGA, María del Rosario s/ inf. Art. 181 inc. 1º, Usurpación (Despojo) - CP”. 26/03/2009.

(26) CAPCyF, Sala II, Causa N° 43524-00-CC-2008. Autos: “Tubio, Pablo Martín s/ infr. art. 181, inc. 1, CP - Apelación”. 08/04/2009. En idéntico sentido, aunque analizando normativa nacional, CNACyCCF, Sala V, c. 17.595, “Rizzuti, Lucio Oscar”, 17/12/2001; Sala IV, c. 20.793, “Lerín, Bautista Roque y otro”, 19/08/2003; y Sala VI, c. 32.791, “Cincunegui, Juan Bautista”, 24/08/2007.



*ACCIÓN DE AMPARO. ADMISIBILIDAD.

Causa Nro.: 44899-0. C. A. R. c/ GCBA s/ AMPARO (ART. 14 CCABA), Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala III. Del voto de Dr. Hugo R. Zuleta, Dr. Horacio G. Corti, Dra. Gabriela Seijas, 21/12/2012. En el caso, corresponde revocar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó in limine litis la presente acción de amparo. La facultad de rechazar in limine un amparo es excepcional, reservada para aquellos supuestos en los que sea clara y manifiesta la falta de configuración de los recaudos constitucionales que hacen a su procedencia (v. Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefin, "El amparo régimen procesal" (Librería Editora platense, pág. 65 y sig.). Así las cosas, a la luz de lo establecido en la Constitución Nacional (art. 43, 75, inc. 22) y la local (arts. 10 y 14) el rechazo in limine debe reservarse para situaciones que excedan a todas luces el marco procesal elegido. Del relato contenido en la demanda surge que el actor, como consecuencia del HIV, tiene enfermedades refractarias, tales como hepatitis C y polineuropatía periférica en evolución. Tales patologías le provocan fuertes y permanentes dolores, además de generar aislamiento, angustia, depresión y desasosiego. Por distintas razones que alega en su presentación inicial, peticiona la prescripción y suministro de marihuana para uso medicinal o, en subsidio, una autorización para cultivar la droga indicada. Las circunstancias personales apuntadas no pueden ser omitidas al resolver sobre la procedencia formal de la acción, a lo que cabe añadir que en autos están comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, su desarrollo (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales). En dicho contexto no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia de la pretensión, lo que basta para admitir la vía expeditiva intentada y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuenta con especial resguardo constitucional.

Advertencia: Esta es una publicación oficial del Departamento de Biblioteca y Jurisprudencia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Los sumarios se adecuan al sentido de los fallos, pero no contienen afirmación de hecho o de derecho, ni opinión jurisdiccional. El contenido puede ser reproducido libremente, y no genera responsabilidad por ello, bajo condición de mencionar la fuente y esta advertencia.

ACTOS PROPIOS

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público, CSJN, 21/2/2013.

No resulta oponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (doctrina de Fallos: 311:1132).

La litis está entrañablemente ligada al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al principio protectorio que éste enuncia y al carácter inviolable de los derechos que reconoce, lo cual conduce necesariamente a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo en todas sus formas, vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado. El Tribunal ha precisado que no resulta oponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (doctrina de Fallos: 311:1132). En este punto las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en los precedentes Calvo y Pesini, Rocío cl Córdoba, Provincia de, y Gottschau, Evelyn Patrizia Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Fallos 321:194 y 329:2986).



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público, CSJN, 21/2/2013.

El artículo 7º, inciso d, de la Ley N° 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. DEBIDO ACATAMIENTO DE SUS SENTENCIAS.

Señor Procurador General s/ acusación c/ Daniel Enrique Freytes-Juez de Intrucción N°1 de la Ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña, CSJN, 26/2/2013.

Sus sentencias deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas. Este principio, basado en la estabilidad propia de toda resolución firme de los tribunales de justicia, debe ser preservado con el mayor énfasis por este tribunal, pues acertadas o no sus sentencias, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público, y la paz social, cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan. De ahí el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, en el ejercicio de su jurisdicción, comporta lo conducente a hacerlas cumplir, por lo que corresponde dejar sin efecto lo resuelto y ordenar que se dicte un nuevo pronunciamiento que decida la cuestión con arreglo a lo dispuesto por esta Corte en su sentencia anterior (V. Considerando 14, voto de la mayoría).

Comentario: El plazo razonable y el acatamiento de los fallos de la Corte Suprema. Por Eugenio Luis Palazzo (Constitucionalista). Colaboración especial para Carta de Noticias de la Procuración General CABA.



El plazo razonable y el acatamiento de los fallos de la Corte Suprema

El 16 de mayo de 2003 el Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia del Chaco destituyó a Daniel Enrique Freytes del cargo de juez de instrucción de Presidencia Roque Sáenz Peña, por la comisión de los delitos de “cohecho” y “prevaricato” y de las faltas descriptas por la ley como “actos reiterados de parcialidad manifiesta” y “reiteración de graves irregularidades en el procedimiento” (arts. 8, incs. g y k; y 9, incs. g e i de la ley provincial 188). Su enunciación pone de manifiesto la gravedad de los cargos, cuya pronta dilucidación resultaba necesaria pues están comprometidos la transparencia de las instituciones, la libertad y el honor de las personas, entre otros valores. Uno de los integrantes del Jurado de Enjuiciamiento fue el doctor Eduardo Omar Molina, quien, como juez del Superior Tribunal local había participado en las decisiones de instruir el sumario administrativo para investigar las conductas que dieron lugar al enjuiciamiento y, luego, de promover la acusación. El Superior Tribunal denegó los recursos que impugnaron la decisión del Jurado. En cambio la Corte Suprema, el 12 de agosto de 2008, por cuatro votos contra tres, hizo lugar a una queja presentada por Freytes, en razón de la violación de la garantía del juez imparcial, y ordenó un nuevo pronunciamiento. Éste se dictó confirmando la destitución, por considerar que al haber sido adoptada por unanimidad, la participación de Molina no la afectaba. Nuevamente intervino la Corte Suprema y el 26 de febrero de 2013, por la misma mayoría ajustada, dejó sin efecto la nueva sentencia del Superior Tribunal y ordenó que se vuelva a expedir, con arreglo a lo dispuesto por ella. Ya pasaron diez años. Sumamos errores que afectan el debido proceso: Un mismo magistrado no puede intervenir, con funciones decisorias, en distintas instancias de un proceso. Si ello ocurre debe ser advertido de inmediato por quienes ejercen funciones de control jurisdiccional. Los fallos de la Corte Suprema tienen que ser leal y prontamente acatados no solo por los particulares, sino también por las autoridades nacionales y provinciales; ejecutivas, legislativas y judiciales. Ayuda a ello



trabajar los consensos internos de la Corte, y procurar, en sus sentencias, mayorías contundentes. A partir de la exigencia de concluir los procedimientos en un plazo razonable, establecida por tratados y tribunales internacionales de derechos humanos (Corte Interamericana, *Comerciantes v. Colombia*, 5-7-2004; Corte Europea, "Moreira Azevedo v. Portugal, 23-10-1990), la devolución de la causa que posibilita el artículo 16 de la ley 48 (que regula el recurso extraordinario) debe considerarse con criterio restrictivo y como alternativa excepcional, prefiriéndose, siempre que no sea imposible, la otra opción prevista en el mismo artículo: resolver sobre el fondo, e incluso ordenar la ejecución.

LEGITIMACIÓN ACCIÓN IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Impugnación de Paternidad Matrimonial. N., S. del V. c/F, L.A., Tribunal de Familia de San Salvador de Jujuy, Sala Segunda, 7/12/2012

Se ha discutido si la enumeración que realiza el art. 259 del Código Civil, es o no taxativa. No obstante, esta discusión ha perdido virtualidad pues, la sanción de la reforma constitucional de 1994, y la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía superior, ha impactado sensiblemente en el articulado del Código Civil, y entre ellos en el citado art. 259. La jerarquía constitucional de determinados derechos y garantías –fundamentalmente el de identidad, que hace a la esencia de la persona- traduce la necesidad de replantear el contenido de las normas de inferior rango de nuestra legislación interna. Se tratará de efectuar una exégesis flexible, de compatibilización o de integración, aunque su resultado obligue al intérprete a apartarse de la letra de la ley. En el artículo 259 del Código Civil no se encuentran asegurados los derechos del marido y la mujer en condiciones de igualdad, y además la identidad y conveniencia del menor solo halla plena tutela a través del reconocimiento de la acción de la madre.



Información Jurídica

II) Dictámenes de la Casa

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

a) Concesión de uso y explotación. Revocación. Indemnización.

DICTAMEN Nº IF -2013-00642791-PG, 22/2/2013

-No resulta de aplicación la figura del rescate pues la Administración no asume la prestación de dicho servicio ni lo traspasa a otro concesionario. Si se revoca para lograr una mejor convivencia de los transportes públicos (colectivos y taxis) y para evitar un estrechamiento en las vías de circulación, trasladando el servicio prestado por las combis al estacionamiento subterráneo que se recupera al dejar sin efecto la concesión, el acto encuadra en una revocación por oportunidad, mérito o conveniencia. -La indemnización por la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia debe limitarse a los gastos que el contratista pruebe de modo fehaciente y no puede comprender el llamado lucro cesante. Ello, ya que la Administración actuó teniendo en mira el interés general que beneficia a todos, incluido el propio contratista. El lucro cesante del contratista debe ceder ante la porción de bien común que también le toca por la decisión de la Administración, que beneficia a toda la comunidad. (En el caso se trataba de un proyecto de Decreto que revocaría por oportunidad la concesión de uso y explotación de una Playa de Estacionamiento ubicada en el subsuelo de la Avenida 9 de Julio a los efectos de trasladar allí el estacionamiento de diversas combis que causaba estrechamiento en las vías de circulación próximas al entorno del Teatro Colón y al entorno del Obelisco).

Según enseña CASSAGNE, el ámbito de aplicación del rescate se encuentra en las concesiones de servicio público y de obra pública y, a diferencia de la revocación por razones de oportunidad, no implica la supresión del servicio público ni de la actividad concesional de una obra pública, sino la reasunción de la gestión por parte de la Administración. El rescate sólo procede en aquellos contratos de colaboración en que sea posible jurídicamente dicha reasunción de la gestión ya que existen en determinados ordenamientos de regulación económica sectorial, cláusulas que lo prohíben expresa o implícitamente. Tampoco sería admisible rescatar una concesión de dominio público ni cualquier otro contrato de atribución ya que, en esos contratos, la prestación principal se encuentra a cargo del contratista (v. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pág. 575, cit., por CASSAGNE, Juan Carlos en El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Bs As., 2009, p. 125 y ss. Lo resaltado nos pertenece).

b) Contrato administrativo de Obra Pública. Potestad modificatoria.

DICTAMEN Nº IF -2013-00627872-PGAAPYF, 22/2/2013 (v. en igual sentido, Dictamen Nº IF Nº2012-01369095 PG, 2/7/2012).

Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, resultan obligatorias para el contratista, siempre que no excedan el veinte por ciento (20%) del valor total de las obras, ya que en ese supuesto, el art. 53, inc. a) de la Ley de Obras Públicas, faculta a aquél a rescindir el contrato, si no estuviera de acuerdo con tales alteraciones. Este límite sólo tiene virtualidad para las modificaciones impuestas por la Administración y obligatorias para el contratista. -No existe óbice legal para que la Administración, con la conformidad del contratista, modifique el contrato más allá de los límites legales, en la medida en que no se altere la sustancia del contrato (con cita de Dictámenes PTN 141:125; 168:441).

c) Gastos improductivos y por mayor permanencia en obra. Redeterminación: improcedencia.



DICTAMEN N° IF-2012-01565056 PGAAPYF, 26/7/2012 Las sumas abonadas por la Administración a la contratista por los gastos improductivos y por los gastos por mayor permanencia en obra, representan en esencia un resarcimiento enmarcable en el concepto de indemnización por todos aquellos daños y perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en obra; y no verdaderas retribuciones abonadas por la Administración con motivo de la ejecución del contrato. De tal suerte, cabe concluir que las mismas no resultan redeterminables.

d) Notificaciones. Medios admitidos. Fax.

DICTAMEN N° IF-2012-01785043, 23/8/2012

Se recomienda practicar las notificaciones por alguno de los medios admitidos por el art. 61 de la Ley de Procedimientos Administrativos local, debiendo tener presente que el fax no otorga certeza en cuanto a la integridad del contenido que por su intermedio se transmite. Cabe hacer notar que para las contrataciones de la Administración Pública Nacional, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, ha incorporado sin restricciones, el fax y el correo electrónico (v. art. 56); el Pliego Único aprobado por la Resolución ME N°834/00, admitía estos medios, pero lo hacía con la aclaración de que los actos administrativos indicados en el art. 24 del reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00, debían ser notificados de modo fehaciente. Según el art. 3° del Pliego Único aprobado por la Resolución ME N° 834/00: Las comunicaciones que se realicen entre el Organismo contratante y los interesados, oferentes o adjudicatarios, podrán llevarse a cabo personalmente, por correo electrónico, por fax, por carta certificada con aviso de retorno o telegrama colacionado con aviso de retorno, dirigida a la dirección de correo electrónico, número de fax o domicilio indicado por los interesados, oferentes o adjudicatarios en su presentación. Constituirá plena prueba de la notificación rechazada y de su fecha, el documento que en cada caso la registre: la copia certificada por el funcionario interviniente en la notificación, el reporte emitido por el equipo utilizado o el aviso de retorno. La indicación del fax o del domicilio de la Administración, efectuada en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares a los fines de un procedimiento de selección, determina que únicamente serán válidas las comunicaciones que los interesados, oferentes o adjudicatarios realicen en ellos. No obstante lo establecido precedentemente, en los casos previstos en el artículo 24 del Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, las comunicaciones que se cursen sólo surtirán efecto a partir de la notificación al interesado por medio fehaciente. Los actos que mencionaba el art. 24 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 eran: a) La autorización de los procedimientos de selección. b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. c) La declaración de que el llamado hubiere resultado desierto o fracasado. d) La preselección de los oferentes en la licitación de etapa múltiple. e) La declaración de interés público en la modalidad de iniciativa privada. f) La aplicación de penalidades a los oferentes o cocontratantes. g) La adjudicación y la aprobación del procedimiento de selección. h) La determinación que deje sin efecto el procedimiento. i) La revocación de los actos pertinentes del procedimiento administrativo. j) La suspensión, resolución o rescisión del contrato.

e) Potestad sancionatoria. Multas por incumplimiento de órdenes de servicio. Pautas de proporcionalidad.

DICTAMEN N° IF 2012-01974661-PG, 14/9/2012

- Según el Pliego de Bases y Condiciones Generales, cuando el importe de las multas por cualquier concepto alcance el diez por ciento (10%) del valor del contrato, el Gobierno podrá optar por rescindirlo por causas atribuibles al Contratista, o bien decidirá la continuación del mismo sin que en el período restante hasta la terminación de la obra, pueda hacérsele pasible de nuevas penalidades en virtud de la demora.

En el nivel nacional, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, dispone en su art. 127:... En ningún caso las multas podrán superar el cien por ciento (100%) del valor del contrato. Este artículo se aparta de la jurisprudencia administrativa de la PTN a cuyo tenor Es procedente la aplicación sin límite de una multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales a un proveedor de medicamentos, pues se trata de una sanción predeterminada en el Pliego de Bases y Condiciones, tanto en lo que se refiere a las circunstancias que provocan su aplicación como a su monto, por lo que el proveedor conoce desde el comienzo o al menos debe conocer, el costo que su demora le acarrearía; en consecuencia, no corresponde limitar la multa impuesta al proveedor, toda vez que propiciar una solución diferente implicaría distorsionar el sistema sancionatorio del



régimen de contrataciones al que el cocontratante se ha sometido voluntariamente y que tiene por objeto dotar de previsibilidad al sensible servicio de salud (v. Dictámenes 266:122).

f) Preadjudicación condicionada

DICTAMEN N° IF -2013-00219154 PG, 16/1/2013

- Se recomienda no realizar preadjudicaciones en forma condicional; y exigir en un plazo perentorio la totalidad de la documentación necesaria para la correcta evaluación de las ofertas con carácter previo a la preadjudicación que se aconseje.

- En el caso examinado, atento al tiempo transcurrido desde la emisión del informe de evaluación de las ofertas (10/12/2012) donde se propuso la preadjudicación de una empresa, supeditada a que la misma completara la documentación faltante con carácter previo a la adjudicación, la Procuración General observó que la Comisión de Evaluación debía proceder a un nuevo análisis de la oferta, labrar una nueva Acta, notificarla a todos los oferentes, publicarla en la cartelera del organismo licitante, y luego elevar los actuados para dar cumplimiento al art. 13 de la Ley N° 1218.

g) Preadjudicación. Impugnación. Informalismo a favor del administrado.

DICTAMEN N° IF-2012-01785043, 23/8/2012

Si no obra constancia de la fecha en que ingresó la impugnación de la preadjudicación, por aplicación del principio del informalismo a favor del administrado, debe tenerse a ésta por recibida en la fecha consignada por la interesada, coincidente con la del depósito de la garantía de impugnación.

h) Preadjudicación. Impugnación. Observación.

DICTAMEN N° IF-2012-01979281-PG, 14/9/2012 (v. también Dictamen N° IF-2012-00951037-PGAAPYF, 10/5/2012)

- Por contraposición con la impugnación prevista en los pliegos licitatorios, la observación reviste el carácter de una mera colaboración con la Administración, un medio para la mejor formación de la voluntad del órgano competente para el dictado del acto administrativo que habrá de consagrar la decisión que se adopte al respecto. - La observación no requiere de una decisión fundada con respecto a su admisibilidad o procedencia porque no importa un reclamo deducido por la vía procedural establecida en los Pliegos. Serán los términos del acto administrativo coligado que se dicte en esta etapa del procedimiento, los que necesariamente reflejarán la medida o extensión en que la consideración de la observación formulada tuvo incidencia en la decisión adoptada.

i) Previsión presupuestaria

DICTAMEN N° IF -2013-00219154 PG, 16/1/2013

- Es condición para la emisión del acto de adjudicación, la previa agregación de la previsión presupuestaria pertinente acorde al monto ofertado.

Dictamen N° IF-2012-00951037-PGAAPYF, 10/5/2012

- Con carácter previo a la adjudicación, deberá contarse con la afectación definitiva del gasto.

j) Publicidad. Procedimiento licitatorio.

DICTAMEN IF N° 2012-02432196-PG, 9/11/2012

- En los casos en que la administración resuelva, por razones debidamente fundadas, reducir los plazos de publicación y de anticipación del llamado a licitación, en los términos del art. 10 de la Ley N° 13064, y apartarse de los plazos establecidos en el Decreto N° 1132/GCBA/08, en la parte dispositiva del acto administrativo que se emita, se debe establecer la cantidad de días de publicación y de anticipación de la convocatoria.

- Para el cómputo del plazo de publicación y de anticipación, no se considera el día de apertura de ofertas.



k) Redeterminación de precios. Oportunidad para solicitarla.

DICTAMEN N° IF -2013-00755065-PG, 6/03/2013

- Vencido el término de vigencia del contrato originalmente suscripto, se extinguen de pleno derecho las obligaciones recíprocas de las partes derivadas de ese instrumento.
- La redeterminación de precios requiere de un acto de voluntad del co-contratante para ser efectivizada, es decir, no se otorga de oficio sino que supone una solicitud de este.
- La inacción de la contratista durante la vigencia del contrato y su falta de petición de la redeterminación de los precios, determina el fenecimiento del derecho de ejercer tal solicitud una vez vencido el contrato.

DICTAMEN IF N° 071898 – PG, 20/05/2009

La metodología y pautas para la redeterminación de precios, perfiladas para una situación de excepción, variación del 10% de los costos de los factores principales, no puede proyectarse más allá del ámbito temporal y material para la que fueron creadas –redeterminación de precios del faltante de obra a ejecutar.

- La prerrogativa que tiene la Contratista para acudir al régimen normado de redeterminación de precios por el faltante de obra a ejecutar, puede ser ejercida hasta el momento anterior a la celebración del acta que da cuenta de la Recepción Provisoria de la Obra, o hasta cuando ésta debió haber sido formalizada, supuesto éste último es el caso de mora por parte de la Administración Activa.
- Con la recepción provisoria, la obra pasa al poder del Comitente, es decir, la obra sale de la esfera del contratista quien ha concluido los trabajos exigidos por el contrato y al precio del contrato con más las diferencias de precios surgidas de las eventuales redeterminaciones de precios que pudieron haberse practicado, sólo restándole el deber de garantía por los trabajos realizados hasta el momento de la Recepción Definitiva.
- Como consecuencia de la Recepción definitiva, las partes se encuentran habilitadas para saldar sus cuentas recíprocas, siempre con relación a los certificados emitidos por los trabajos ya ejecutados y a valores que han quedado sin posibilidad de modificación alguna. Si bien a posteriori de la Recepción Provisional el contrato continúa vigente, ello sólo es a los efectos de la garantía y de la liquidación de las cuentas. Concluida la obra, instrumentadas las actas de Recepción Provisoria y Definitiva sin reserva o reparo por parte de la contratista, corresponde el dictado de un acto administrativo que desestime la pretensión de redeterminación de precios incoada por la contratista.

PODER DE POLICÍA

DICTAMEN N° IF – 2013 – 00148345 – DGEMPP, 11/01/2013

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conserva en todos los establecimientos sometidos a la jurisdicción nacional ubicados en su territorio, el ejercicio del poder de policía sobre las actividades que en aquellos se desarrollen y en relación a las materias que resultan de su competencia, es decir, todo lo referente a la seguridad, higiene, moralidad, salubridad, edificación y en general a todo lo que atañe a los intereses propios y directos de la Ciudad y su población.

TRIBUTARIO

a) Error excusable. Carga de la prueba.

DICTAMEN N° IF – 2013-00782530 – DGATYRF, 7/03/2013

Quien alega ignorancia o error acerca del carácter ilegítimo de su conducta y en consecuencia pretende eximirse de responsabilidad por la falta de ingreso del impuesto, debe aportar los elementos probatorios para acreditar



dicho extremo.

b) Intereses resarcitorios

DICTAMEN N° IF – 2013-00782530 – DGATYRF, 7/03/2013

La procedencia de interés compensatorio resulta independiente de la existencia de culpa en el incumplimiento de la obligación tributaria. De conformidad con las normas fiscales la sola falta de pago del impuesto en el plazo establecido al efecto hace surgir la obligación de abonar un interés mensual.

c) Nulidad

DICTAMEN N° IF – 2013-00650363 – DGATYRF, 25/02/2013

El acto impugnado encuentra sus fundamentos no sólo en los antecedentes que le sirven de causa, sino que ha sido dictado en un todo de acuerdo con los textos fiscales y como punto culminante del proceso verificatorio, del que dan cuenta las numerosas actuaciones del organismo técnico tendiente a establecer la verdadera situación fiscal de la responsable, habiéndose analizado los dichos de la administrada en forma puntual. No es causal de nulidad la circunstancia de que aquella discrepe con la postura asumida por el Fisco, si no prueba cuál o cuáles son los vicios que afectan el acto.

d) Omisión. Sanción.

DICTAMEN N° IF-2013-00614969 – DGATYRF, 21/02/2013

Cuando el administrado no cumple sus obligaciones tributarias ya se trate de la falta de pago total o parcial del impuesto, derecho, tasa o contribución y/o la presentación de la declaración jurada mensual o anual, cuando son exigibles, incurre en omisión y le es aplicable una sanción conforme el artículo 97 del Código Fiscal. Esa omisión no requiere la presencia de dolo para que se encuentre configurada; basta la mera culpa o negligencia en la observancia de las obligaciones del contribuyente. Por lo tanto, para que la infracción tributaria sea punible alcanza con la culpa y la materialización de conductas contrarias a la obligación impuesta por la ley que hace que aquella se configure y que se presuma que el autor obró con la subjetividad mínima requerida, es decir, culpa por negligencia o inobservancia por parte del responsable del necesario cuidado para con el cumplimiento de las obligaciones fiscales de orden material que le son propias.

e) Prescripción

DICTAMEN N° IF – 2013-00650363 – DGATYRF, 25/02/2013

A la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se le reconoce potestad tributaria para establecer suspensiones en relación a la prescripción de acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir tributos. El plazo de prescripción, tanto el previsto en el Código Fiscal, como el establecido en la Ley N° 19.489 (antecedente del código actual) es de cinco años. En la medida que el Código Fiscal incorporó un sistema propio que regula los términos de prescripción y determina las formas de contar los plazos y las causales específicas de suspensión e interrupción, no corresponde hacer aplicación de ningún otro régimen.

f) Principio de legalidad

DICTAMEN N° IF – 2013-00650363 – DGATYRF, 25/02/2013

El principio de legalidad establece que no habrá tributo sin ley, la que debe emanar del órgano competente, definir el hecho imponible y sus elementos, sujeto, objeto, base imponible, alícuota, etc.

g) Responsable solidario

DICTAMEN N° IF – 2013-00782530 – DGATYRF, 7/03/2013

Los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas están obligados a pagar los tributos al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados. A la Administración le basta con probar la existencia de la representación



legal o convencional para presumir en el representante facultades con respecto a la materia impositiva. Corresponde al responsable solidario aportar la prueba irrefutable y concluyente para desvirtuar este principio de responsabilidad que viene dado por la posesión del cargo y, de esa forma permitir desarticular la responsabilidad solidaria imputada desde la óptica de su actuación concreta y específica en el seno de la sociedad. Debe demostrar que su representada lo ha puesto en situación de no poder cumplir con sus obligaciones.

REFLEXIONES EN TORNO A LA CONCLUSIÓN DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS DE COLABORACIÓN POR VOLUNTAD DE SÓLO UNA DE LAS PARTES. RESCISIÓN UNILATERAL O DENUNCIA. EL CASO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

Por Raúl Fernando Ábalos Gorostiaga



Los convenios, al igual que los contratos pueden definirse según la fórmula volcada en el artículo 1137 del Código Civil: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos" (1). Los convenios interadministrativos, desde el punto de vista subjetivo, se caracterizan por la concurrencia de dos o más administraciones y/o entes públicos, poseedoras de personalidad jurídica propia, ya sea que se traten del Estado en sentido lato (Nación, Provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las personas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, incluyendo las sociedades anónimas con capital estatal mayoritario (2). En todos estos casos, la administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal. En efecto, las relaciones interadministrativas se caracterizan por la ausencia del régimen jurídico exorbitante propio de los actos o contratos administrativos, puesto que no cabe admitir en ese plano enfrentamientos entre entidades que tienen la posibilidad de ejercer prerrogativas de poder público. En este tipo de relaciones prevalece el principio de la cooperación y la unidad de acción del estado dentro de cada esfera de gobierno, por lo que se tornan inaplicables las multas o sanciones pecuniarias entre entidades estatales. Así las cosas, entiendo que para concluir unilateralmente este tipo de relaciones jurídicas no resultaría adecuado recurrir a la figura de la rescisión unilateral, propia de los contratos administrativos. La figura de la rescisión unilateral de los contratos, como una de las cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos (aún cuando no esté expresamente incluida en el contrato), es utilizada por la administración pública para concluir unilateralmente una relación contractual, ya sea por culpa de la contratista –en cuyo caso implica una sanción– o por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En ambos casos se trata de una prerrogativa estatal propia del derecho público que no tiene su correlato en el derecho privado. Entonces, esta prerrogativa propia de la administración pública no podría ser invocada cuando se interrelaciona con otras personas de derecho público o privado que puedan ejercer prerrogativas de derecho público ya que ambas se encuentran en una situación de igualdad dentro del ámbito de sus competencias. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires "(...) los contratos interadministrativos que se puedan celebrar entre el Gobierno de la Ciudad con organismos nacionales, provinciales o municipales, como así también con las sociedades en cuya administración o capital tenga participación mayoritaria cualquiera de los organismos arriba mencionados (...) (3)" quedan excluidos de las prescripciones de la ley de contrataciones, por ende, no resultan de aplicación las prerrogativas de derecho público acordadas por la referida ley al Estado contratista, entre las cuales se encuentra "La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos, decretar su caducidad, rescisión o resolución por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, determinando el alcance de éstas. El uso de esta prerrogativa no genera derecho a indemnización en concepto de lucro cesante" (4). Consecuentemente, al no existir un régimen jurídico especial para su regulación en los convenios interadministrativos las relaciones entre las partes se rigen por los principios generales del derecho y fundamentalmente por el contenido de las cláusulas incluidas en los respectivos convenios. En esa inteligencia, estándose vedada a la administración de la Ciudad de Buenos Aires la posibilidad de rescindir o resolver un convenio interadministrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en uso de las prerrogativas que le otorga la ley de contrataciones, entiendo que la única alternativa para concluir unilateralmente este tipo de convenios es recurrir a la figura de la "Denuncia" que en el derecho internacional público, es definida como la declaración formal a través del cual un Estado



decide retirar su consentimiento de un tratado internacional, rompiendo la relación obligatoria que le vincula- ba a través del mismo, cuya justificación deviene del concepto de “soberanía”. Estimo que, nada obsta para que las partes de una relación jurídica interadministrativa, acuerden dotarse de competencia para que, cualquiera de ellas, pueda terminar con la relación bilateral que las une, de forma unilateral por razones de oportunidad, mérito o conveniencia utilizando el instituto de la denuncia conforme las reglas que se fijen en los respectivos convenios, en un plano de igualdad y reciprocidad jurídica (5).

(1) Ricardo Luis, Lorenzetti “Tratado de los contratos”, Parte General, (Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004)

(2) Por aplicación de la teoría de la superación de las formas jurídicas, también se regirán por las reglas de los convenios interadministrativos aquellos que se celebren entre una entidad pública estatal, centralizada o descentralizada, con una sociedad comercial en cuya administración o capital tenga participación mayoritaria el Estado.

(3) Artículo 4º inc. d) de la ley 2095 “Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

(4) Artículo 7 de la ley 2095

(5) Bibliografía sugerida: Cuadros, Oscar A. “Los contratos administrativos en el régimen actual” en *Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira* (Ediciones RAP); Gauna Octavio A. “Contrataciones Interadministrativos e interjurisdiccionales” Jornadas organizadas por la Universidad Austral, año 2000; Comadira, Julio-Ricardo y Winkler, Dora P. “Las contrataciones interadministrativas y el principio de la libre elección” (ED, 119:857; PTN 234:645 y 234:645 entre otros)



Información Jurídica

III) Actualidad en Normativa

Normativa con trascendencia institucional o relevante seleccionada

MARZO 2013 - GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

LEY N° 4328 (BOCBA 4110 – 12/03/13) –

INCORPORA ARTÍCULO 1° BIS LEY N° 534 LEY DE RECIÉN NACIDOS - ESTUDIOS QUE DETECTEN PROBLEMAS CELÍACOS – CONTROLES OBLIGATORIOS Sanc. 18/10/12 – Promul. Aut. 07/03/2013 DECRETO N° 78 (BOCBA 4105 – 05/03/2013) APRUEBA REGLAMENTACIÓN LEY 3911 - FACULTA AL MINISTRO DE CULTURA A DICTAR NORMAS COMPLEMENTARIAS - GESTIÓN DEL MATERIAL BIBLIOGRÁFICO Y DOCUMENTAL EN DESUSO Sanc. 23/02/13

DECRETO N° 85 (BOCBA 4109 – 11/03/2013)

REVOCA CONCESIÓN DE USO Y EXPLOTACIÓN - PLAYA DE ESTACIONAMIENTO SUBTERRÁNEA UBICADA EN EL SUBSUELO DE LA AV. 9 DE JULIO - PROYECTO METROBUS 9 DE JULIO - DIRECCIÓN GENERAL DE TRANSPORTE Sanc. 03/03/13

DECRETO N° 101/13 (BOCBA 4119 – 25/03/2013)

MODIFICACIÓN DE ESTRUCTURA ORGÁNICA - ESTRUCTURA ORGANIZATIVA - JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS - MINISTERIO DE DESARROLLO URBANO - TRANSFERENCIA DE ORGANISMOS - FUERA DE NIVEL SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO - SBASE - CREACIÓN DE COMISIONES - CONSENSO DE POLÍTICAS INHERENTES A LA PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO DEL SUBTE - DELEGACIÓN DE FACULTADES - OBRAS PÚBLICAS - LÍNEA H - NODO OBELISCO Sanc. 18/03/13

DECRETO N.º 102/13 (BOCBA 4119 – 25/03/2013)

MODIFICACIÓN DE ESTRUCTURA - MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD - CREACIÓN DE DEPENDENCIAS - CREA LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN Y RELACIONES INSTITUCIONALES - APRUEBA RESPONSABILIDADES - ORGANIGRAMA Sanc. 18/03/13

DECRETO N.º 106/13 (BOCBA 4121 – 27/03/2013)

RATIFICACIÓN - CREACIÓN DE LA PLANTA TRANSITORIA DE DOCENTES Y ASISTENTES - MINISTERIO EDUCACIÓN - AÑO 2013 - ASISTENTES CELADORES - ASISTENTES PARA EL PROYECTO JURISDICCIONAL DE EVALUACIÓN - PROGRAMAS SOCIO-EDUCATIVOS Sanc. 21/03/13

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA N.º 146/13 - (BOCBA 4117 – 21/03/2013)

FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO – LEY 3318 – JUZGADOS – CREACIÓN –



PROTOCOLO DE REDISTRIBUCIÓN DE CAUSAS – EXPEDIENTES ORDINARIOS Dictada 11/03/13

BOLETÍN OFICIAL DE LA NACIÓN

DECRETO NACIONAL N° 244/13 (BO 5-3-2013) – IMPUESTO A LAS GANANCIAS (T.O. 1997) – MONTO NO IMPONIBLE – CARGA DE FAMILIA - ARTÍCULO 23 – INCISOS a) y b) – SUSTITUCIÓN

DECRETO NACIONAL N° 249/13 (BO 12-3-2013) – CONTRIBUCIONES PATRONALES – DECRETO 814/01

DECRETO NACIONAL N° 300/13 (BO 22-3-2013) – RÉGIMEN DE TRABAJO AGRARIO – LEY 25.191 – REGISTRO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADORES AGRARIOS (RENATEA) – LEY 26.727 - REGLAMENTACIÓN



LA RELEVANCIA DEL CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO

Por Julio M. CONTE-GRAND



La categoría jurídica del “orden público” fue perfilada, en los términos que hoy se utiliza, al tiempo de la elaboración del Código civil francés de 1804, cuando los juristas napoleónicos debían recomponer un nuevo orden de convivencia que conjugara los aspectos de la realidad histórica de esa Nación, mediante un sensible equilibrio entre los postulados revolucionarios, los del Antiguo Régimen y los del formato determinado por Bonaparte.

Todo ello sobre la base de un conjunto de principios básicos enraizados en la cultura e historia de Francia que se entendían inalterables.

De este modo, se advirtió la existencia de pautas consustanciales a la sociedad francesa en reconstrucción, desde entonces “principios de orden público”, que el Code no podía ignorar ni alterar. Se afirmaron así las bases de la concordia tratando de superar tiempos por demás convulsionados.

Se entendía que era imprescindible para asegurar la continuidad histórica de la sociedad, amalgamar la tradición con el cambio, respetando lo que –por historia y cultura- devenía inalterable según las cualidades propias del ser francés.

Ese parece ser el origen histórico de la categoría del “orden público”.

La descripción admitida por doctrina y jurisprudencia explica que el orden público representa un conjunto de principios de orden superior; políticos, económicos y morales, a los que se considera estrechamente ligadas la existencia y la conservación de la sociedad.

En la actualidad y en nuestro sistema, aunque sin consenso absoluto, los juristas admiten que en la noción de orden público se encuentran abarcados los principios fundamentales que rigen una comunidad en un tiempo determinado. Son aquellos extremos que definen el perfil de una sociedad, los que hacen a su modo de ser, de existir, son los definidos históricamente como soportes de la convivencia.

En este sentido, se admite que el orden público limita la autonomía de la voluntad y a él deben acomodarse las leyes y la conducta de los particulares.

Así examinado, el contenido del orden público oficia como límite en las relaciones particulares y el marco de desenvolvimiento de los vínculos de derecho privado. Es lo que dispone el artículo 21 del Código Civil, señalando que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”. En la misma línea lo resuelve el proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial (ver Art. 12).

Se produce a priori una tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público que en términos generales debe ser dirimido por el tribunal privilegiando este último respecto de la primera.

Si no la única, probablemente sea, en términos genéricos, la cuestión jurídica dirimente desde la



existencia de los Estados modernos, y cobra en la actualidad notoria preeminencia.

Un repaso de los repertorios de precedentes de tribunales nacionales e internacionales muestra, en facetas diversas, este asunto como crucial y sistemáticamente presente.

El tema se expone a un asunto además hermenéutico ya que no se limita a la cuestión lineal del conflicto entre orden público y derecho individual patrimonial sino que se manifiesta en formas diversas de extrema complejidad interpretativa.

Por ejemplo, en el caso de colisión de una norma de orden público con otra que no lo es, se ha afirmado que corresponde dar preeminencia a la primera, teniendo en cuenta que el orden público es irrenunciable y que se aplica aún de oficio.

De otro lado cabe analizar qué sucede en caso de conflicto entre dos normas de orden público.

Se ha dicho al respecto que de suceder esto, el juez debe dar preferencia a aquélla en que el interés social gravite con mayor intensidad.

¿Puede el juez calificar a una norma de orden público si ella no lo hace?

La jurisprudencia y la doctrina han indicado que aunque la ley no diga expresamente que es de orden público, el juez, interpretándola en forma sistemática, puede decir que sí lo es. En efecto, una serie de pautas legales pueden llevarlo a la convicción de que la convención celebrada por las partes no puede apartarse de las disposiciones previstas por el legislador.

¿Puede variar el tribunal la autocalificación normativa?

Hay doctrina y jurisprudencia que así lo acepta y permite que el intérprete censure la decisión del legislador de calificar como de orden público una norma.

Sin embargo otra línea judicial se inclina por afirmar que no cabe al juzgador interpretar si le corresponde o no el carácter de orden público a la normativa en cuestión, apartándose de la calificación legislativa y desnaturalizando el texto expreso de la ley en búsqueda de posibles equivocaciones del legislador. Salvo declaración de inconstitucionalidad.

Si la respuesta es afirmativa, ¿esa revisión sólo puede producirse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley?

Cabe recordar que en un antiguo precedente (autos "Martín y Cia. Ltda. v. Erazo"; 19 de septiembre de 1947, Fallos 208:503), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que: "Las disposiciones de orden público no son tales porque se las califique así en las propias leyes, sino por su naturaleza, en razón de las causas que determinaron su sanción y los fines que se han procurado obtener en ella" (LL 48-330).

En cambio, la solución no es tan simple cuando el legislador señala expresamente el carácter de orden público de la ley y no se ataca la inconstitucionalidad de la norma. ¿Puede decir el juez que la ley no es de orden público sin ingresar en la cuestión constitucional? Sólo una apretada referencia de asuntos a los que no somete la noción del orden público.

Por lo demás, es pertinente tener en cuenta que la noción de orden público no es exclusiva del derecho público, es principio general y como tal engloba al sistema jurídico en su conjunto.

Así se ha afirmado que "el orden público no se confunde necesariamente con la materia del derecho público"(1).



Observa Vigo que “el orden público jurídico prudencialmente determina imperativamente, supletoriamente o negativamente según lo justo político (legal o distributivo), el modo en que los miembros de una sociedad política con sus conductas y bienes se coordina, subordinan e integran para el bien común político”⁽²⁾.

Esta es la clave del ordenamiento, la adecuada consideración de la noción de orden público y su contenido, propendiendo, tras ello, a la modificación de lo que debe variar y a la preservación de aquello que hace a la esencia de la sociedad.

Jean-Etienne Portalis, responsable de la redacción del Discurso Preliminar al Código Napoleón lo manifestó con absoluta claridad:

“Hemos realizado, si cabe decir tal cosa, una transacción entre el derecho escrito y las costumbres toda vez que nos ha sido posible conciliar entre sí sus disposiciones o modificar las unas con las otras sin romper la unidad del sistema ni lesionar el espíritu general de la legislación. Es útil conservar todo aquello que no es imprescindible destruir; las leyes deben contemplar los hábitos cuando estos no degeneran en vicios. En el sucederse de las generaciones, estas se mezclan, se enlazan, se confunden y, con demasiada frecuencia, se razona al margen de toda comunicación entre una generación y la subsiguiente, como si el género humano finiquitara y renaciera a cada instante. Un legislador aislaría a las instituciones de todo aquello que puede consubstanciarlas con lo humano si no observara cuidadosamente las relaciones naturales que siempre, en mayor o menor grado, unen el presente al pasado y el futuro al presente, ligamen histórico en virtud del cual un pueblo, a menos que sea exterminado o que caiga en la degradación –siempre más ruin que la aniquilación misma-, no cesa jamás, hasta cierto punto, de parecerse a si mismo. En nuestros tiempos hemos amado con demasiada frecuencia los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes los siglos de ignorancia y oscurantismo fueron el teatro de reiterados abusos, también es dura verdad que los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, otra cosa que teatro de los excesos”⁽³⁾.

Prestemos atención entonces a la categoría del orden público y a su contenido.

(1) C. Nac. Com., sala D, fallo del 1 de marzo de 1996, en autos “Abrecht, Pablo A. y otra c. Cacique Camping S.A.”, citado.

(2) Corte Sup. Just. Santa Fe, ampliación de fundamentos del Dr. Rodolfo Vigo en el fallo del 29 de marzo de 1990, en autos “GAGGIAMO, Héctor José Pablo v. PROVINCIA DE SANTA FE”.

(3) PORTALIS, Jean-Etienne, “Discurso Preliminar sobre el proyecto de Código Civil presentado el primero de Pluvioso del año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular”, versión en idioma español publicada por Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1959, págs. 59/60.