

JUZGADO PROVINCIAL DE PRIMERA INSTANCIA NRO. DOS
EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERIA
Río Gallegos (SANTA CRUZ)

SENTENCIA

TOMO: XLVI

REGISTRO: 12139

FOLIO: 179/203

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

Río Gallegos, 07 de diciembre de 2017.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados "**STOESSEL JAVIER A. C/ ESTADO PROVINCIAL S/ AMPARO**", Expte. Nro. 18.548/17, que tramitan ante esta Secretaría Nro. DOS, venidos a despacho para dictar sentencia, y;

RESULTANDO:

Que a fs. 16/32 vta. se presenta el Dr. Javier A. Stoessel, conjuntamente con el patrocinio letrado de la Dra. Diana Huerga Cuervo, interponiendo acción de amparo contra el Estado Provincial en los términos del Art. 43 de la Constitución Nacional, peticionando se revoque, deje sin efecto y/o declare la nulidad de la designación de la Dra. Romina Gaitán como Vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Santa Cruz, por resultar la misma contraria a la normativa constitucional, supra legal y principios superiores.

Igualmente requiere se dicte medida cautelar ordenándose la suspensión del juramento y puesta en funciones de la Dra. Romina Gaitán, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

Funda su legitimación para promover la acción de amparo, en su carácter de ciudadano de la provincia de Santa Cruz, señalando su afectación particular por la decisión que se impugna e indicando que lo contrario conllevaría a validar la ilegalidad del acto.

toda vez que se advierte una vulneración a los principios esenciales del estado democrático y republicano, como así también a obligaciones internacionales asumidas por el Estado Nacional de transparencia y garantías de prácticas anticorrupción

Refiere que negar la legitimación a cualquier ciudadano para articular una acción en defensa y protección de la Carta Magna y leyes nacionales, implica tanto como convalidar la ilegalidad y negar la legitimación a un particular por cuanto ella se encuentra difusa en un conjunto indeterminado, implicando la negación de cualquier acción a cualquiera, es decir, se llegaría al absurdo que, al ser todos titulares de derecho, nadie podría reclamarlo.

Finalmente agrega que su intervención en los presentes está dada también, por resultar parte integrante del organismo de control, puesto que reviste el carácter de vocal del Tribunal de Cuentas de la provincia por la minoría. De modo que de convalidarse la legalidad del acto administrativo, se produciría la integración viciada del organismo.

Continúa formulando su relato con una breve mención de la función y finalidad del Tribunal de Cuentas, como así también la naturaleza como órgano extra-poder con rango constitucional, cuya principal misión está dada por el control de las cuentas públicas, de manera autónoma e independiente de los restantes poderes del estado.

Señala que el procedimiento de designación de los vocales que integran el Tribunal de Cuentas se encuentra establecido en el Art. 123 de la Constitución Provincial y la Ley provincial N° 500.

En este sentido, el mentado artículo prevé: "...sus miembros serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara, salvo uno que será a propuesta del Partido Político que constituya la primera minoría en la Provincia...".

Aclara que actualmente la vocalía jurisdiccional de Entes Municipales y Comisiones de Fomento se encuentra vacante por

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

haberse acogido el vocal anterior, Dr. Gastón Pedelaborde, al beneficio jubilatorio.

Frente a este panorama -dice-, la Sra. Gobernadora, propuso en su reemplazo la designación de la Dra. Romina Gaitán, esposa del actual Ministro de Gobierno, Sr. Fernando Basanta, quien tiene intervención en todo lo relacionado con las Comisiones de Fomento.

Posteriormente, la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura provincial otorgó despacho favorable a la propuesta y, en la sesión de la legislatura realizada el pasado 16 de noviembre de 2017, se prestó acuerdo para su designación; restando únicamente que el Tribunal de Cuentas le tome juramento conforme lo prescribe el Art. 8 de la Ley 500, para la efectiva puesta en funciones de la letrada.

Entiende el amparista que la designación, resulta ilegal por atentar contra los principios básicos constitucionales, derivados del principio republicano de gobierno y de la esencia misma de un gobierno democrático, esto es, el principio de transparencia en los actos de gobierno.

En este sentido expresa que su designación constituye una afectación directa y clara hacia la función misma del organismo de control, puesto que con ello se intenta transformarlo en un organismo netamente político.

Continúa señalando que, el sistema jurídico republicano no puede tolerar que un familiar directo -cónyuge del Ministro de Gobierno- sea una de las personas encargadas de revisar y resolver sobre las cuentas de la gestión del mismo gobierno. Pues, resulta evidente que de la existencia del vínculo matrimonial se presentarán reiterados conflictos de intereses en particular, pero que perjudicará la garantía de independencia funcional y anulará la idea de transparencia, sosteniendo que desaparece la posibilidad de control

efectivo y real si el vínculo entre controlante y controlado no es independiente.

Dice que, las potestades que la Constitución y la Ley otorgan al gobernante, no pueden ser ejercidas de modo irracional, ni contrariando las finalidades que la ley tuvo en miras al concederlas, violando principios constitucionales -transparencia-, ni compromisos internacionales del estado -Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción-.

Continúa formula un breve detalle del articulado de la convención y finaliza el análisis sosteniendo que la designación carece de razonabilidad, deviniendo en arbitraria.

En relación con la función propia del Tribunal de Cuentas como órgano extra-poder sostiene el amparista que, de nada valen las garantías y recaudos previstos en la Ley N° 500, si se permite que controlantes y controlados sean de tan íntima relación que hasta comparten no solo una ideología y posicionamiento político, sino una relación familiar, siendo sumamente evidente la imposibilidad de control en tales supuestos.

En síntesis, expresa que la designación resulta arbitraria y violatoria del sistema legal, por constituir un uso disfuncional del derecho, al atentar contra las finalidades que la ley tuvo en mira al momento de organizar el propio Tribunal de Cuentas y potestades para designar sus integrantes, puesto que lo contrario conlleva a admitir la anulación misma del organismo de control.

Reitera que la vocalía vacante es la de Entes Municipales y Comisiones de Fomento, estas últimas se encuentran bajo la órbita del Ministerio de Gobierno. Agregando que a su vez, todos los vocales participan y votan en aquellas decisiones que hacen a la aprobación o formulación de cargos de la totalidad de los organismos, incluidos los de la administración central y el propio Ministerio de Gobierno; por tanto, la designación de la Dra. Gaitán

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

implica -a su entender- una clara y abierta resistencia a la real actuación de los mecanismos de control sobre la gestión del Estado, y trasluce la voluntad de no permitir el control de la gestión, o que éste sea solo simbólico.

Indica que, si bien la Sra. Gobernadora y la Legislatura poseen la facultad constitucional para designar a los integrantes del Tribunal de Cuentas, no pueden hacerlo contrariando los fines tenidos en miras al otorgar tal facultad, los que no pueden ser valorados sino en función de las misiones de control del mismo órgano y ejecutados con respeto y atendiendo al principio de transparencia exigido por el Convenio Internacional anticorrupción.

Finalmente refiere que, los supuestos de abuso del derecho por desviación del poder, son efectivamente judiciales, y cita precedentes.

Cita jurisprudencia, peticona medida cautelar -la cual fue resuelta a fs. 36/37-, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita se haga lugar a la acción de amparo, con costas.

A fs. 36/37 se requiere el informe previsto por el art. 7 de la ley provincial 1117 y da intervención a la Dra. Romina Gaitán, por entenderse que podrían encontrarse afectados sus derechos subjetivos, librándose los oficios de estilo.

A fs. 76/92, comparece la Dra. Romina Fernanda Gaitán, por su propio derecho y contestan el traslado conferido a fs. 37, 1er. párrafo, manifestando que el planteo promovido a través del amparo carece de razonamiento y lógica jurídica, por cuanto su designación cumplió con el debido respeto al proceso normativo, reglamentario y constitucional vigente, razón por la cual debe rechazarse la acción impetrada.

Señala que en los presentes se otorgó legitimación al amparista sin que éste acreditara, ni fundará seriamente la afectación a derecho alguno conforme lo requiere la Ley 1117,

Por el contrario, debido al dictado de la medida cautelar que impidió su puesta en funciones, se vio afectada en sus garantías constitucionales de igualdad, tutela judicial efectiva y de trabajo, honor y crédito, ejerciéndose violencia de género al impedirse su jura exclusivamente debido a su estado civil, sin acreditarse que ello implique un impedimento para ejercer el cargo.

Primeramente formula un análisis de la legitimación activa del amparista, indicando que en autos no resulta de aplicación el precedente jurisprudencial dictado por nuestro máximo tribunal en la causa: "Colegio de Abogados de Tucumán c/Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/Inconstitucionalidad".

Reitera los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación impetrado contra la medida cautelar dictada a fs. 36/37, en relación a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación "rechazó, en reiteradas oportunidades, las acciones de demandantes que no pueden expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, dado que no puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que la Constitución y las leyes".

Cita jurisprudencia en que funda su pretensión.

De igual modo refiere que tampoco se encontrarían reunidos los requisitos de legitimación activa en su calidad de vocal del Tribunal de Cuentas, dado que tal carácter no lo legitima para accionar judicialmente, si no puede acreditar de qué modo su designación impide el ejercicio de su derecho o afecta el funcionamiento del organismo de control.

Señala que el único argumento que menciona el apelante para considerar viciada la integración del Tribunal es el estado civil de la Sra. Gaitán. Pero ésta, entiende que tal circunstancia no constituye un vicio o impedimento para que forme parte integrante del cuerpo.

Agrega que la propia ley al regular las causales de

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

recusación y excusación, permite que sea designada como vocal e indica la forma en que debe actuar en aquellos casos en que pueda estar involucrada una cuestión de parentesco. Por dicha razón, entiende que el perjuicio directo que el amparista alega, es inexistente.

Refiere que la normativa vigente regula recursos o remedios más idóneos que la acción de amparo para resolver el caso planteado, permitiendo la protección de los principios que el amparista considera afectados, resolviéndolos mediante los institutos de excusación y recusación.

En definitiva, sostiene la Dra. Romina Gaitán que, el accionante no acredita perjuicio actual ni inminente, no titulariza ni se ve afectado en derecho alguno, puesto que cuenta con mecanismos jurídicos vigentes y eficaces que protegen los principios que pretende defender, por tanto, al no existir parte en sentido técnico, tampoco hay caso ni jurisdicción para la intervención judicial.

Señala que tampoco se acredita en autos la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, requisito esencial para habilitar la acción de amparo que pone freno al desenvolvimiento de los Poderes del Estado.

Continúa argumentando que su designación se realizó respetando los parámetros constitucionales, no existiendo arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta, puesto que el Poder Ejecutivo y Legislativo dieron fiel cumplimiento al procedimiento previsto en la Constitución Provincial, normas legales y reglamentarias.

En este sentido expresa que se sometió a votación el pliego enviado por el Poder Ejecutivo, siendo aprobado por los 2/3 de los miembros presentes. De ello no surge algún tipo de ilegalidad.

Amén de ello, indica que el Art. 7 de la Ley 500, regula los supuestos en los que no se puede ser miembro del Tribunal, sin que las causales allí previstas se apliquen al supuesto de autos.

Por tanto, entiende la Dra. Romina Gaitán que no existe

impedimento legal ni constitucional que impida o prohíba su designación.

Sostiene que el amparista no puede asegurar que controlará las cuentas de su cónyuge, revistiendo los argumentos meras hipótesis sin asidero, puesto que no puede sostenerse que no se excusará cuando corresponda hacerlo, siendo una cuestión maliciosa que perjudica su buen nombre y honor.

Por tanto, entiende que resulta improcedente que se adelante opinión e hipotéticamente se considere la invalidez de sus actos, como así también que no dará cumplimiento a las normas vigentes, pues ello atenta contra el principio constitucional de inocencia.

Por ende, expresa que el ejercicio de su función constitucional en el contexto de su estado civil, resulta plenamente legal, válido y lícito.

Agrega además que la vocalía para la cual fue designada concierne a los entes municipales, por tanto el accionar vinculado a su jurisdicción resulta incuestionablemente legal, no encontrándose contemplada en las causales de recusación y excusación.

En relación a la jurisdicción asignada -Municipalidades y Comisiones de Fomento-, indica que no existe en la Ley Orgánica de Ministerios N° 3480 competencia asignada al Ministerio de Gobierno. Sumado a ello conforme Ley 500, 55 y Acordada N° 52/1962, actualmente las Comisiones de Fomento realizan por cuenta propia la inversión de sus fondos y gestión patrimonial, de manera que no podrá existir incompatibilidad motivada en su parentesco, puesto que el Ministro de Gobierno no tiene injerencia ni poder de decisión sobre esos actos.

En otro orden de ideas, señala que irrazonablemente el recurrente alega que el Poder Ejecutivo no puede designarla en el cargo porque su estado civil actual afectaría el principio de transparencia,

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

pero admite que el partido político de la oposición pueda designar a quien resulta ser apoderado de esa misma formación política para que controle las cuentas de los municipios que dicha fuerza gobierna, sin que ello implique ningún tipo de riesgo ni afectación al principio de transparencia que dice proteger.

Por tanto se pregunta, si la situación del amparista no afecta el normal funcionamiento ni atenta contra el principio de transparencia de los actos de gobierno aún en su calidad actual de militancia política, compartiendo el mismo partido político de los responsables que él debería controlar, ¿Por qué atacar su designación si en todos los casos rigen para ambos los mismos mecanismos para garantizar la legalidad del accionar de ambos?.

Por último, señala que el control judicial de los actos políticos consiste únicamente en revisar los aspectos reglados legal o constitucionalmente, tal como la competencia, el procedimiento, la forma, motivación, causa, finalidad, igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, entre otros. Pero lo que no puede revisar ni sustituir es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad mérito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la división de poderes y su zona de reserva.

En definitiva, entiende la Dra. Romina Gaitán que los aspectos reglados del acto que se impugna no poseen vicio alguno y gozan del principio de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad, siendo éstos los únicos aspectos susceptibles de revisión judicial. Además, tampoco se acreditó que la normativa aplicable contrarie lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.

Hace reserva del caso federal y peticiona se rechace la acción de amparo.

Finalmente resta analizar el informe presentado por el Estado Provincial obrante a fs. 95/106.

Primeramente ratifica las consideraciones vertidas en oportunidad de apelar la medida cautelar dispuesta en las presentes actuaciones, y seguidamente expresa que el accionar del Estado Provincial, en lo referido al procedimiento de designación de la Dra. Romina Gaitán se ajusta de manera específica a las previsiones establecidas en el Art. 123 de la Constitución Provincial, y por tanto resulta plenamente legal.

Luego de realizar un breve análisis del amparo promovido por el Dr. Stoessel, señala, al igual que la Dra. Gaitán, que no se encuentra contemplada la calidad de cónyuge de algún funcionario como causal para impedir la designación como vocal, ni que la misma pueda ser calificada como ilegal o bien que con su nombramiento se encontrase comprometida la transparencia de su futuro accionar.

Tal circunstancia -dice- no es menor, toda vez que la única posibilidad que prospere la acción de amparo es la presencia de una arbitrariedad o ilegalidad actual o inminente pero de carácter manifiesta.

Reitera que, el planteo del amparista tiene como sustento una circunstancia conjetural y futura, esto es, la supuesta intervención de la profesional en algún asunto en que pudiera estar relacionado su marido, circunstancia que sería posterior al acto mismo de designación, o de su jura.

Señala, al también que, frente a algún supuesto de incompatibilidad, el sistema prevé la vía de excusación o recusación para dirimir un posible conflicto de intereses, por tanto el "peligro" no es tal, o en el supuesto que existiera, es de fácil solución, y por tanto remediable.

Sostiene que la razón de ser de la acción entablada es de carácter política y no jurídica, y que en realidad, se encamina a cuestionar la designación de una funcionaria propuesta por el Poder

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

Ejecutivo que además, cuenta con el aval del Poder Legislativo.

Entiende el accionado que el verdadero peligro o daño irreparable al sistema republicano de gobierno es que, por esta vía, se tomen medidas de gobierno, o dejen sin efecto las que legítimamente han sido adoptadas por los organismos administrativos en el marco de sus competencias, lo que equivaldría a supeditar la designación de ciertos funcionarios a la voluntad de un magistrado de Primera Instancia, afectándose con ello el principio de división de poderes.

En definitiva, sostiene que el accionar de Estado Provincial en lo que refiere a la designación de la Dra. Romina Gaitán ha sido ajustado a derecho y por tanto, corresponde el rechazo del amparo intentado.

Seguidamente, y con el fin de motivar el rechazo de la legitimación activa del amparista cita jurisprudencia que rechaza la acción de amparo promovida en calidad de ciudadanos y diputados.

Reitera que no se ha demostrado que se hubieren agotado los procedimientos previos, esto es, el ejercicio de las facultades de recusación. Ello así por la simple razón que no se ha producido ninguna situación en la cual pudiera inferirse que se encontrase comprometido el principio de transparencia, y por tanto no existe caso que habilite la intervención de este Magistrado, y por tanto la procedencia del proceso de amparo.

Cita jurisprudencia y solicita el rechazo de la acción entablada, con costas.

A fs. 108 se llaman autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- Introducción a los aspectos formales:

El Dr. Javier A. Stoessel promueve acción de amparo contra el Estado Provincial en los términos del Art. 43 de la Constitución Nacional solicitando se revoque y/o se deje sin efecto y/o se nulifique la designación de la Dra. Romina Gaitán como vocal del

Tribunal de Cuentas de la Provincia de Santa Cruz, ello por entender que su designación se contrapone con normativa constitucional, supra legal y principios superiores esenciales del estado democrático y republicano en tanto la misma resulta ser la esposa del Ministro de Gobierno de la Provincia Sr. Fernando Basanta.

Indica que dicha designación afecta la función misma del organismo de control, atentando contra el principio de transparencia de los actos de gobierno y las garantías de prácticas anticorrupción asumidas por el Estado Nacional -citando la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por ley 26.097- careciendo de razonabilidad y deviniendo en arbitraria.

Funda su legitimación en su calidad de ciudadano de la provincia, refiriendo su afectación particular por la decisión cuestionada e indicando que negar legitimación a cualquier ciudadano para articular una acción en defensa de la Nación, implica convalidar la ilegalidad, arribándose al absurdo de que, al ser todos titulares del derecho, nadie podría reclamarlo. Refiere además el "nexo suficiente" que existe dada su condición de vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia y la afectación que de modo directo y particular de su actuación produciría una integración viciada del organismo.

Por razones de orden metodológico analizaré en primer lugar las cuestiones preponderantemente formales, para luego ingresar en el tratamiento de la cuestión de fondo.

II) Aspectos Formales:

a) Legitimación activa y existencia de "caso"

La legitimación procesal del amparista es cuestionada tanto por el Estado provincial como por la Dra. Gaitán. Los argumentos sostenidos pueden resumirse de la siguiente manera:

- Que no basta para el inicio de la presente acción la calidad de "ciudadano" dado que no se puede fundar la legitimación en el interés general en que se cumplan la Constitución y las Leyes.

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

resultando inaplicable al caso de autos el fallo de la Corte Suprema de Justicia "Colegio de Abogados de Tucumán".

- Que la condición de vocal del Tribunal de Cuentas que ostenta el amparista requeriría que éste hubiera agotado dentro del organismo las acciones inherentes a su carácter de funcionario.

- Que no se ha acreditado afectación diferenciada a algún derecho y que no se acredita tampoco de qué modo la designación impide el ejercicio de sus derechos o afecta el funcionamiento del Tribunal.

- Concluyen entonces que no existe "caso" que habilite la intervención judicial.

He de comenzar el análisis indicando que al momento del dictado de la medida cautelar sostuve que entendía justificada -prima facie- la legitimación para actuar del amparista en razón de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en los autos "Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad". Recurso de hecho deducido por la demandada CSJ 22/2009 (45-C).

Recordemos que el amparista cuestiona la designación de la Dra. Gaitán como vocal del Tribunal de Cuentas en virtud de considerar que la misma se contrapone a la normativa constitucional y supra legal y a los principios superiores esenciales del estado democrático y republicano, afectando la función misma del organismo de control, atentando contra el principio de transparencia de los actos de gobierno, careciendo de razonabilidad.

En ese contexto, debemos preguntarnos cuál es la interpretación que debe darse al fallo citado como precedente.

Sí bien, claro está, el sustrato fáctico-jurídico no es idéntico en ambos casos, entiendo que la decisión de la Corte no se limita a aquellos supuestos en que se pone en cuestión una reforma constitucional (tal es lo que parece sugerir la posición de la Fiscalía de

Estado), sino que el precedente alcanza a todo caso en que se ponga en severo riesgo la institucionalidad republicana, habilitando una legitimación amplia (se la defina o no como colectiva y relacionada conceptualmente con la categoría de intereses difusos).

Como expresa la Corte (que en modo alguno restringe ese criterio a un supuesto de hecho determinado y único, si bien analiza, obviamente, el caso que motiva el pronunciamiento), **"(e)n estas situaciones excepcionalísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés "especial" o "directo". Ello es así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales "no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé"** (Fallos: 317:335 y 313:594, disidencias del juez Fayt)".

Y agrega la Corte: **"11) Que la Constitución Nacional adopta el sistema republicano, lo que implica la división de poderes y las reglas institucionales que de ello se derivan, todo lo cual sería inútil si no reconocieran acciones para su protección efectiva (Fallos: 327:3677; 330:1989). En tales condiciones, las instituciones reflejadas en el estatuto del poder constitucional constituyen un sistema de gobierno cuya tutela debe estar protegida de un modo acorde a su especial y trascendente naturaleza. En la Constitución**

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

originaria dicha protección descansaba en el funcionamiento del sistema democrático, y en la convicción de que ello era suficiente. La experiencia histórica ha demostrado que también es necesaria la intervención de los poderes judiciales estableciendo límites a través del control de constitucionalidad de las leyes, lo que fue expresado claramente por esta Corte (CSJ 369/2013 (49-R) "Rizzo, Jorge Gabrielu , fallada el 18 de junio de 2013)".

Debo destacar que esta interpretación del fallo "Colegio de Abogados de Tucumán", en cuanto admite una amplia legitimación ciudadana en los casos de riesgo institucional republicano, ha sido receptada en nuestra jurisdicción en al menos dos casos trascendentes. En uno de ellos, **"UNION CIVICA RADICAL DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ Y OTROS C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ S/ AMPARO"**, Expte. N° 16559/15, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, con cita del mencionado fallo de la CSJN admite la legitimación de amparistas individuales en un caso que tiene que ver con la constitucionalidad de una norma electoral (la ley de lemas); es decir, es un caso que no se relaciona con el mecanismo de reforma constitucional (que es el supuesto concreto del precedente de la Corte).

Asimismo, la Excmo. Cámara de Apelaciones de esta Primera Jurisdicción Provincial, en autos **"REYES ROXANA NAHIR CLAUDIA Y OTROS C/ ESTADO PROVINCIAL S/ AMPARO"**, Expte. Nro. 17439/16 ", rechazó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmó la sentencia recurrida en todas sus partes. Allí, respecto de la legitimación se dijo: "A modo de ejemplo, en este contexto explicativo, no hay dudas que el concepto de legitimación amplia es parte de nuestra tradición jurídica. Una adquisición paulatina en el curso del tiempo que, a partir de la consagración del derecho de acceso a la justicia, fue modificando sus contornos, ampliando su perspectiva con sentido inclusivo: cada vez más personas acceden a la

justicia, ampliando la legitimación" (TOMO VII - SENTENCIA. REGISTRO N° 178. FOLIO N° 178/196. PROT. ELECT. A102 111 S.161). En este precedente de la Cámara (aunque, aun no ha adquirido firmeza), se trata de una demanda promovida por un grupo de diputados provinciales que se agravian del dictado de una ley sin el cumplimiento de las mayorías parlamentarias que impone la Constitución Provincial. Otra vez, se trata de un caso en que no está en juego el mecanismo de reforma constitucional, sino (en este en particular) el mecanismo de sanción de leyes.

Así, existe una razonable línea de precedentes en nuestra jurisdicción por la que se concede legitimación amplia a los ciudadanos en casos, por supuesto excepcionales, en que están en juego graves afectaciones a reglas y principios estructurantes de la forma republicana de gobierno.

También, podemos resaltar la resolución dictada por Cámara Contencioso Administrativo Federal Sala V, en autos "Pitte, Fletcher, Danis c/ E.N. s/ Amparo Ley 16.986", Expte. 80.435/2015/CA1, de fecha 15 de enero de 2106, donde el amparista impugna la constitucionalidad de la designación en comisión de integrantes de la CSJN. Allí, el tribunal mencionado, admite la legitimación del ciudadano (caso análogo al presente), con cita expresa, nuevamente, del Fallo de la CSJN "Colegio de Abogados de Tucumán".

Todos estos precedentes avalan una interpretación extensiva del fallo de la Corte Suprema en lo que respecta a una legitimación procesal amplia en los casos de desconocimiento de normas constitucionales fundantes y básicas de nuestro sistema republicano y democrático, lo que incluye la conformación de tribunales y órganos de control, creados por la Constitución.

La amplitud del criterio de acceso a la jurisdicción es, por lo demás, compatible con los paradigmas "protectorio", "del acceso" y "colectivo" y "Paradigma de Estado de Derecho

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

Constitucional", tal como los define Ricardo Luis Lorenzetti en su obra "Teoría de la Decisión Judicial" (Rubinzal Culzoni Ed., Santa Fe, 2008), paradigmas que participan de la red de sentido constituida por el sistema internacional de derechos humanos; integrados a nuestra regla de reconocimiento constitucional. Esto es lo que se quiere expresar cuando se dice: "...hacer opción preferencial por la más favorable al individuo" (Bidart Campos, G, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna", E.D., 5/9/94).

Ha dicho Bidart Campos que: **"El derecho de acceso a la justicia no tiene desarrollo eficaz y pleno si la legitimación del sujeto que promueve tal acceso no se halla en disponibilidad suficiente. ¿Para quién, a favor de quién, para qué?"**. Propone el prestigioso doctrinario que cuando se procura diseñar una horma más o menos elástica, **"...nunca es admisible que las cuestiones constitucionales carezcan de vía posible y hábil para ser planteadas y resueltas eficazmente mediante alguna clase de acción..."** y que **"...es recomendable que los jueces no sean avaros en la admisión de acciones y vías procesales por el solo dato de que falten normas que expresamente las establezcan y regulen, ni en el reconocimiento de la legitimación procesal, cada vez que con el despliegue de un *activismo judicial* -prudente pero a la vez elástico y generoso- comprendan que una situación determinada demanda disponer de un canal y una llave para acceder al servicio de justicia, y que el contexto complejo de la constitución ágilmente interpretada brinda holgura para deparar la acción, la vía y/o la legitimación."** citando seguidamente el art 15 de nuestra Constitución Provincial, proponiéndolo, evidentemente, como modelo progresista de activismo judicial (Bidart Campos, Germán J., El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 311). En

"En suma, todo cuanto se refiere a la legitimación

procesal, a las acciones y vías procesales y a sus restricciones e impedimentos, exige prevenciones muy sagaces y prudentes en orden a no clausurar irremisiblemente la posibilidad efectiva de acceso al servicio de justicia y a la tutela jurisdiccional en cuanto caso tenga relación con la constitución. El nuevo derecho procesal constitucional viene inspirándose en el principio "in dubio pro actione" que, bien comprendido, dilata presunciones favorables a la legitimación y al uso de acciones que de no existir, de ser indisponibles para un sujeto y para un caso, o de tenerse por inadmisibles, pueden desplazar la situación a la frontera de privación de justicia" (Bidart Campos, Germán J., El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs 321).

Bidart Campos se detiene especialmente en este aspecto de la legitimación: "Cosa similar acontece cuando en el orbe de los derechos políticos -que no se agotan en el derecho electoral activo y pasivo-, también se arguye que para investir legitimación es menester que quien acude a la justicia acredite un derecho o interés que le sean propios, y distintos de los que pertenecen al resto de los ciudadanos. De ser así, cuando una persona impugna un acto electoral al que tiene el derecho de concurrir se le enrostra que lo que invoca como derecho o interés suyos, es el mismo derecho o interés de todos los demás. Y entonces, también: como es de muchos o de todos, no es de nadie. ¿Qué consecuencia surte esta alambicada y errónea argumentación? Sencillamente, que la participación política pierde la fuerza normativa que le da la constitución, porque si los derechos políticos no son justiciables "in totum" en virtud de negarse la legitimación para acceder a la justicia, otra parcela semejante a la que antes describíamos en el caso de los intereses difusos queda colocada al margen de la fuerza normativa de la constitución " (Bidart Campos, Germán J., El derecho

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 330/331).

Pues bien, el conjunto de argumentos reseñados brindan consistencia a la apertura de la vía jurisdiccional del amparo, previo reconocimiento de existencia del "caso" y, por tanto, legitimación suficiente.

En cuanto al argumento sostenido por el Sr. Fiscal de Estado respecto de un precedente en el que el suscripto denegó la legitimación a dos diputados provinciales integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados ("REYES ROXANA NAHIR CLAUDIA Y OTRO C/TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA S/ AMPARO" Expte.17.905/17), debo remarcar la diferencias sustanciales con este caso. En aquel los amparistas ni invocaron la condición de ciudadanos como causa de su legitimación, por lo que la resolución se limitó a analizar la legitimación invocada en carácter de legisladores. Al respecto, además de no haber acreditado formalmente dicha condición, se entendió que no habían agotado dentro de los organismos que integraban sus facultades (se explicó la diferencia con otros casos donde reconocimos legitimación a los legisladores, donde se había agotado su posibilidad de ejercer su función en el cuerpo que integra o donde un legislador invoca y ostenta la legitimación como ciudadano). En este caso, si bien el Dr. Stoessel es integrante del Tribunal de Cuentas, funda su legitimación en su calidad de ciudadano y, además, no puedo representarme actividad alguna que pueda realizar dentro del Tribunal de Cuentas para remediar o prevenir lo que pretende por vía de esta acción de amparo.

b) Planteo de improcedencia fundado en los recaudos del art 2 de la ley 1.117. Inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad actual o inminente de carácter manifiesta. Existencia de recursos o remedios más idóneos.

Plantean la Dra. Gaitán y el Fiscal de Estado que el

sustento de la acción resulta ser una circunstancia conjetural y futura (supuesta intervención de la profesional en algún asunto relacionado a su marido) y que el grave daño "irreparable", el "peligro" alegado se solucionaría con los mecanismos de excusación y recusación existentes en la ley por lo que la acción de amparo resulta un exceso intolerable.

En realidad, como aclararé al tratar el fondo de la cuestión, los fundamentos de la acción trascienden los supuestos en que un vocal del Tribunal debe excusarse.

La arbitrariedad (exceso en el ejercicio de una facultad discrecional) está dada por la afectación de una serie de principios constitucionales y, en particular, los de razonabilidad y transparencia. Y ello, claro está, no se refiere exclusivamente a los casos en que el Tribunal de Cuentas controle la gestión del Ministerio de Gobierno. Para un examen y fundamentación más detallado de la arbitrariedad y ruptura del principio de legalidad, me remito a la parte pertinente de los considerandos.

c) Discusión sobre el control jurisdiccional. División de poderes.

Invoca el Sr. Fiscal de Estado una serie de fallos referentes la supuesta limitación de la facultad de control del Poder Judicial sobre actos de otros poderes. Alega el riesgo del gobierno de los jueces y la lesión del principio de división de poderes.

Sí bien volveré sobre el tema al tratar la cuestión de fondo, entiendo conveniente adelantar que la doctrina judicial ha evolucionado en forma intensa respecto de esta temática.

En cuanto a las opiniones doctrinarias, alcanza con remitirme a las opiniones de Bidart Campos citadas en apartados anteriores.

Aún cuando hablemos de facultades "discrecionales" del Poder Ejecutivo es indiscutible la existencia de ciertos límites. Y si esos límites son franqueados, es evidente que debe haber una

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

intervención de otros poderes. Ello no afecta -lo diré en forma reiterada- el principio de división de poderes, pues este principio no agota en la simple "división" de funciones, sino que requiere de una republicana dinámica de control e interacción.

Lo cierto es que existe en nuestro derecho una interdicción de arbitrariedad de la administración. Ello se relaciona -como veremos- con los principios de legalidad (art 19 de la C.N.) y razonabilidad (art. 28 C.N.). Si la administración incurre en arbitrariedad, los sujetos legitimados deben contar con la posibilidad de recurrir a un efectivo control judicial, lo que, a su vez, deriva de la aplicación del derecho a una "tutela judicial efectiva" (art. 25 de la Convención Interamericana, Pacto de San José de Costa Rica).

En tal sentido, la doctrina ha señalado: **"Hay que advertir (...) que la llamada discrecionalidad fuerte "no equivale a libertad sin límites" y que, en cualquier caso ella debe desenvolverse respetando ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia y, sobre todo, por los principios generales del derecho"** (Cassagne, Juan Carlos, El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa, Editorial B de f, Buenos Aires 2016, pág. 261).

En tal sentido: **"Se ha dicho también que el dilema entre legalidad y oportunidad es un sofisma puro y simple y que si bien la ley puede otorgar a la Administración tanta libertad como sea posible para cumplir con las finalidades de bien común que persigue, ella viene siempre condicionada por 'el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa'. Una conclusión semejante se impone entre nosotros dado que el ejercicio del poder discrecional se encuentra condicionado a su compatibilidad con las garantías, derechos y principios constitucionales"** (Cassagne, Juan Carlos, Op. Cit, pág. 262).

Finalmente: **"...para que los principios generales**

funcionen de manera de guardar el equilibrio de poderes y beneficiar la libertad de los ciudadanos se precisa reconocer una amplia potestad a los jueces para ejercer un control judicial suficiente, con la mayor plenitud que admita el esquema revisorio, consecuentemente, sin zonas exentas o inmunes a dicho control. Se afirma, de ese modo, otro principio cardinal del Estado de Derecho: la tutela judicial efectiva, reconocido en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (por aplicación del art. 75, inc. 22, CN) que complementa y amplía la garantía de defensa prescripta en el art. 18 de la CN" (Cassagne, Juan Carlos, op. cit. pág. 49).-

En resumen, si la discrecionalidad administrativa tiene límites, el control jurisdiccional es de toda lógica, pues lo contrario sería vaciar de contenido operativo y efectividad a la Constitución Nacional y a los principios jurídicos; todo lo cual me persuade respecto de la procedencia de la vía del amparo para entender en esta cuestión, rechazando así las defensas opuestas por el Sr. Fiscal de Estado y la Dra. Gaitán.

III.- Introducción a la argumentación sobre la cuestión de fondo:

Como ya hemos adelantado, la demanda interpuesta por el Dr. Javier A. Stoessel tiene como objeto la declaración de nulidad de la designación de la Dra. Romina Gaitan como Vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Santa Cruz, por resultar la misma contraria a la normativa constitucional, supra legal y principios superiores.

Dicho planteo ha tenido una respuesta por parte del Estado Provincial y la Dra. Gaitan que, más allá de los aspectos procesales ya analizados precedentemente, se concentra de modo preponderante en la idea de que no hay norma expresa alguna que inhabilite a la Dra. Gaitan para integrar como Vocal el Tribunal de Cuentas Provincial, y hacen énfasis en que el proceso de designación

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

cumplió con todas las reglas establecidas por la Constitución y Ley 500.

La defensa de la validez legal del nombramiento, como veremos, entraña un desconocimiento de la cuestión constitucional que motiva la demanda del amparista.

Es verdad que la Constitución Provincial y la Ley 500 no contienen reglas que inhabiliten de modo expreso la designación de la Dra. Gaitan, no obstante lo cual, la pregunta que subsiste es si el nombramiento afecta principios y valores de rango constitucional, convencional o legal.

Los sistemas jurídicos de los modernos estados de derecho se caracterizan por ser un complejo normativo que incluye una verdadera red de reglas, principios y valores. Estas normas responden, claro, a una estructura jerarquizada (constitucionales, convencionales, legales, reglamentarios), pero que admite una comunicación y vitalidad interpretativa mayor que en el pasado, desde que se entiende que los principios y normas constitucionales atraviesan todo el sistema, son operativos y, por tanto, judiciables. La letra de las constituciones no es mera "potencia", sino que debe ser actualizada (pasada al acto) en la mayor medida que permita el contexto.

Los actos jurídicos en general y los actos de gobierno en particular, aún cuando se los catalogue de discrecionales, deben adecuarse a los contornos que marcan las normas superiores del sistema. Estas normas, generalmente compendiadas en constituciones escritas, tienen la naturaleza de principios generales o -también denominados- mandatos de optimización; que también son proclamados en otras fuentes de carácter legal o supralegal (como los tratados internacionales).

Todas las instituciones del sistema jurídico constitucional (complejos normativos, organismos y poderes del estado, mecanismos de intervención y acción ciudadana, entes de control, partidos políticos etc...) se encuentran diseñadas de acuerdo a algunas

ideas matrices relacionadas con la finalidad de cada institución y su función dentro del sistema. De dichos elementos se puede extraer de modo expreso o implícito (en dicho caso el componente conceptual se puede extraer por vía de análisis funcional y comparación con otros elementos del sistema) el conjunto de principios que sostienen a modo de pilares el edificio institucional.

Si omitimos en la tarea interpretativa la recepción de estos principios caemos en la fantasía de un positivismo dogmático de las reglas (normas que incluyen permisiones, prohibiciones o mandados que se agotan en una decisión de todo o nada), que sólo permitiría a todos los operadores del sistema realizar interpretaciones literales, generando una rigidez que no responde al real funcionamiento de las instituciones. Se trata, en todo caso, de una doctrina que ha perdido influencia, cuyo origen se remonta a la idea de los jueces como "boca de la ley" (Montesquieu) y que no ha sido determinante en la conformación histórica y jurídica de nuestro sistema de control constitucional, que en este aspecto ha recibido la influencia de la tradición jurídica norteamericana concretizada en el célebre precedente *Marbury vs. Madison*.

La opción "reglas o principios" carece de actualidad en el debate jurídico (el debate que alimentó la polémica entre Hart y Dworkin fue superado, no sólo por los conceptos aclaratorios del primero de ellos en el famoso "Post Scriptum" publicado en respuestas a las críticas a su obra "El concepto de Derecho", sino por nuevas alternativas y perspectivas alimentadas desde el neoconstitucionalismo y las distintas variantes de la teoría de la argumentación. Entre estas, cabe apreciar la aceptación por la doctrina local -con evidente influencia sobre la actuación jurisdiccional- de las ideas de Robert Alexy, que en su obra "Teoría de los Derechos Fundamentales" (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997) explicita la importancia estructural de los principios dentro de una

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

construcción jurídico constitucional, así como propone mecanismos que permiten la interpretación y argumentación -y por tanto adjudicación- en casos concretos.

Gil Dominguez explica, "...Los principios pueden ser definidos como normas abiertas que presentan un condicionante fáctico fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán *cerrados* por la justicia constitucional mediante procesos de interpretación y ponderación..." Y sigue: "Robert Alexy sostiene que la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico se caracteriza por las siguientes características: a) máximo rango, lo cual es el resultado de estar regulados en la regla de reconocimiento constitucional; b) máxima fuerza jurídica, que se proyecta a uno de los tesoros más preciados del neoconstitucionalismo: la plena judicialidad de las normas constitucionales (las disposiciones constitucionales no controlables judicialmente pierden inexorablemente la obligatoriedad); c) máxima importancia del objeto, por cuanto mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad; d) máximo grado de indeterminación". Punto, éste último, en el que -agrego yo- interesa la labor interpretativa judicial (Gil Dominguez Andrés, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Ediar 2005, pág. 54/55).

La discusión sobre la prevalencia de reglas legales o principios jurídicos de rango constitucional se decide, en cada caso concreto, en favor de estos últimos cuando la orden o permisión legal aparece abrogando la vigencia de un principio sin beneficio para otros principios de igual peso en el contexto dado. Las soluciones las provee -reitero- una amplia red de principios que han sido positivizados junto con el mandato a los jueces de inaplicar normas que los contravengan. En tal sentido, véase los siguientes ejemplos:

-Art. 17 Constitución Provincial: "Toda ley, decreto u

orden contrarios a los principios, derechos o garantías que esta Constitución consagra, no podrán ser aplicados por los Jueces".

-Art. 5 Constitución Nacional: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional..."

-Art. 28 Constitución Nacional: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

-Art. 33 Constitución Nacional: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Claramente, esta norma resalta la importancia de los principios implícitos en los conceptos de "república" y "soberanía del pueblo".

-Art. 2 Código Civil y Comercial. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, y las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

La controversia que nos convoca no se limita, entonces, a la constatación de la existencia de una regla expresa que inhabilite el nombramiento de la Dra. Gaitan -que no la hay-, sino que debemos examinar (que es básicamente lo que propone el amparista y no ha contestado la parte demandada) si esa designación resulta contraria de modo evidente a principios constitucionales, legales y supraleales vigentes.

"La sujeción del juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir,

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez, ya no es un dogma ligado a la existencia formal de la ley, sino a una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez' (cita de Ferrajoli, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, 1994, año III, nro. 5). Éste no podrá considerar a la ley en forma acrítica o incondicionada, sino someterla a la jerarquía constitucional, garantizando así los derechos fundamentales en ella consagrados (...) Los principios constitucionales, tal como se los entiende en este contexto, son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. Ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, podría abrogarlos, salvo a través de los generalmente complejos procedimientos de reforma constitucional, que suponen amplia discusión y participación calificada de la ciudadanía. La ignorancia, preterición o suspensión *sine die*, de dichos principios, provenga del órgano que provenga, carece de legitimidad. Los derechos fundamentales no son valores inmutables ni transhistóricos, sino adquisiciones humanas incorporadas de manera inmanente al pacto de sociabilidad, que el modelo democrático y la forma histórica del Estado de Derecho involucran. Poner en crisis su jerarquía, implica tanto como poner en crisis aquel pacto" (Cárcova Carlos María, Las Teorías Jurídicas Post Positivistas, Lexis Nexis, 2007, pág.220).

De este modo, la decisión judicial estará en este caso motivada por los elementos estructurantes del sistema, principalmente principios jurídicos, pero también, al analizar la razonabilidad del nombramiento (art. 28 Constitución Nacional), las funciones y fines de los organismos de control en este sistema constitucional y republicano.

IV.- El Tribunal de Cuentas de la Provincia como órgano de control externo. Principios aplicables.

El Tribunal de Cuentas es una institución creada por el art. 123 de la Constitución provincial, que solo establece una mención genérica, aunque relevante, de sus funciones, delegando al poder legislativo la normativa que complementará la definición de su rol, organización y función (Ley 500).

En cuanto a sus funciones, la Constitución prevé que este organismo tendrá a cargo el examen de las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas provinciales y municipales. En relación a su composición, la constitución se limita a establecer que sus miembros serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Cámara, salvo uno que será a propuesta del partido político que constituya la primera minoría.

Desde esta primera mirada, no hay limitaciones constitucionales en cuanto a la designación de los vocales integrantes del Tribunal. Hasta aquí se mantiene incólume la previsión del art. 5 de la Constitución Provincial, en cuanto no admite otras inhabilitaciones para el ejercicio de la función pública que las que surjan de la Constitución y las que se funden en sentencia judicial.

Ahora bien, pese a que el legislador constitucional ha incluido al Tribunal de Cuentas dentro de la Sección Sexta que trata sobre el Poder Ejecutivo, encontramos, tanto en la Constitución, como en la Ley 500 una serie de indicios que apuntan hacia su verdadera calidad "extra-poder". Ésta interpretación es, además, la más armoniosa con la idea de control republicano de las cuentas públicas y contribuye a una lectura sistemática que respete la totalidad del sistema normativo, en particular las pautas derivadas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26.097).

Entre otros elementos -ya señalados por el amparista- que confirman el carácter extra-poder del Tribunal podemos enunciar,

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

por ejemplo, la previsión de una comunicación directa del Tribunal de Cuentas a la Cámara respecto de los actos del Poder Ejecutivo ejecute contrariando la expresa oposición del órgano de control; su calidad de tribunal colegiado con integración de un miembro de la primera minoría política; la necesidad de contar con el acuerdo parlamentario para la designación de sus integrantes. Todos estos aspectos surgen en forma expresa del art. 132 de la Constitución Provincial.

A su vez, la Ley 500 prevé, de modo expreso, que la función principal de Tribunal de Cuentas ejerce "...el control externo de la gestión financiero patrimonial de la administración pública provincial, comunal y hacienda para-estatales...". A ello, se puede agregar que, en su art. 4, establece una serie de limitaciones -para ejercer otras funciones públicas y privadas- para los miembros del Tribunal, análogas a las de los jueces provinciales y con el indudable propósito de garantizar la independencia funcional en el ejercicio de dicho cargo.

Para completar esta enunciación, es el propio Tribunal de Cuentas quien dicta su propio reglamento de funcionamiento y organiza el personal administrativo y técnico.

La importancia de resaltar el carácter externo del control que debe ejecutar el Tribunal se relaciona con que su tarea no se agota en una cuestión técnica, sino que requiere en su desenvolvimiento una alto grado de independencia, transparencia y ajenidad respecto presiones, insinuaciones o influencias de parte quien es objeto de control o puede detentar algún interés personal o político en el mismo. Por ello se dota a estos funcionarios de tan alto grado de prerrogativas e inmunidades.

Vale destacar que la página oficial del Tribunal de Cuentas (www.tcuentas.gov.ar) indica que sus misiones y funciones consisten en ser un "...organismo con autonomía funcional y financiera, que ejerce el control externo de los gastos públicos (...) siendo el

garante de un control eficiente y transparente". Luego, al enunciar los valores que guían su funcionamiento, hace referencia a la "imparcialidad" e "independencia de criterio".

Desde la perspectiva de la Constitución Nacional y el sistema republicano: **"La república clásica se define como un sistema político de división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley"** (Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina comentada..., La Ley, Tomo I, pág. 22).

Sin duda la existencia de órganos de control de cuentas públicas "extra-poder" (fortalecidos por un mínimo de autonomía funcional) constituye una renovada materialización de la idea de "control del poder" y por tanto, parte ya inescindible de la forma republicana de gobierno. Es menester insistir y enfatizar que la "division de poderes" no crea ámbitos estancos, sin vinculación, sino que tiene la finalidad de mantener un equilibrio, el cual no se actualiza si no existen contrapesos, actos de control mutuo y dinámico (derivación o desarrollo de la doctrina del Checks and balances).

Pues bien, volviendo a la exigencia de independencia en la actuación de los organismos de control. La necesidad de un razonable grado de terceridad (garantía de neutralidad) respecto del poder controlado surge claramente del análisis jurídico. Ya sea que enfoquemos nuestra atención en el conjunto de normas que componen la arquitectura jurídica del Tribunal o incluyamos, en una mirada de mayor alcance, a todo el sistema jurídico, desde la Constitución Nacional y sus principios republicanos hasta la Convención contra la Corrupción, lo cierto es que no podemos comprender el concepto de "control del poder" si el mismo no es realizado por personas diferentes -y con una ajenidad razonable- respecto de los sujetos y poderes

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

controlados.

No se trata de una conclusión arriesgada, desde que basta con pensar en la utilización que hacemos de la palabra "control" -y del término control externo- en las diferentes prácticas sociales en que participamos. No es, entonces, imprescindible recurrir al lenguaje jurídico, sino que basta con el uso de estos términos en el lenguaje y prácticas cotidianas. Basta con preguntarnos, en tal sentido, qué espera un ciudadano cuando hablamos de actos de gobierno sometidos a control externo.

El amparista señala que es contrario al sentido común suponer que la Dra. Gaitán, dado su vínculo con un Ministro del Poder Ejecutivo, se encuentra en condiciones de ejercer el control de las cuentas de gestión del mismo gobierno que integra su cónyuge. Enfatiza que "...no se requiere siquiera expresión o construcción normativa para comprender que ello no funcionará, que el control no será posible ni efectivo en semejantes condiciones".

Ignoro hasta que punto puede sostenerse una afirmación tan terminante y contundente. No obstante, es cierto que tampoco alcanza con la mera presunción favorable (cuya existencia, también con razón, invoca la Dra. Gaitán) de que goza toda persona de que no cometerá actos antijurídicos, pues no estamos ante un caso en que los derechos individuales puedan prevalecer sobre el interés colectivo.

No se trata de poner en duda las calidades técnicas y éticas que la Dra. Gaitán seguramente posee; más bien debemos preguntarnos si en casos como el presente, dadas las tareas que tiene encomendadas el Tribunal de Cuentas, no deben prevalecer, por sobre los intereses individuales, principios jurídicos protectorios del sistema republicano, sus valores y el interés comunitario implicado. Es evidente, en el caso concreto, el mayor peso del interés público sobre el privado en el juicio de ponderación. Como veremos más adelante la

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contiene previsiones expresas sobre la necesidad de evitar conflictos de intereses.

Como derivación hermenéutica de los principios de publicidad y transparencia, es razonable exigir garantías mínimas de ajenidad, independencia y neutralidad en el nombramiento de funcionarios que tienen a su cargo tareas que pueden verse afectadas por presiones directas, influencias de mayor o menor intensidad o intereses personales.

El motivo y finalidad del control debe responder a los intereses de la comunidad. Ello se vincula con la confianza que las tareas de control deben generar (relacionadas con los conceptos de gobierno representativo, democrático y transparencia republicana). En tal sentido, se ha dicho: **"Recuérdese que la función controladora -administrativa en este caso- encuentra sustento en el propio Estado de Derecho, siendo el medio más eficaz y directo para lograr que la administración en su conjunto cumpla, debidamente, el fin de satisfacer los intereses de la comunidad. Se controla para evitar abusos, y también para corregir errores, y que los responsables de administrar los fondos públicos lo hagan conforme a derecho. La sociedad a través del control puede tomar conocimiento sobre la aplicación de las políticas públicas fijadas".** Pero, **"...más allá de los organismos que lo ejerzan, es necesario puntualizar las condiciones que deben poseer para cumplir con sus verdaderos objetivos. Entre aquellas entiendo esencial la independencia. Alcanzar la condición de "independiente" requiere la confluencia de ciertas circunstancias: un "status" legal y conocimiento, experiencia, ética y profesionalismo. Independencia es un término asociado a otros como neutralidad, objetividad. La neutralidad, en su acepción vulgar expresa la idea de "no tomar partido". Es esencial que esta neutralidad se practique especialmente a nivel político, y por ende**

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

que no exista compromiso con el gobierno en turno" (Ivanega, Miriam Mabel, "Reflexiones entorno al control externo de la Administración Pública y sus consecuencias", Mayo de 2004, Jurisprudencia Argentina, Suplemento Derechos Administrativo-Lexis Nexis, Id SAJJ: DACF070005).-

Es cierto, tal como expresan la Dra. Gaitán y el Sr. Fiscal de Estado, que la Ley 500 establece la posibilidad de que sus vocales sean recusados o se excusen en causas que involucren algún interés personal.

Ahora bien, como veremos, la cuestión excede la cuestión del control de las cuentas en que intervenga directa e inmediatamente el cónyuge de la Dra. Gaitán. Y es que la función de un Ministro de Gobierno (y de cualquier Ministro Secretario) es tan relevante y central que -volviendo al uso del sentido común y las reglas de la experiencia- que toda la actividad del Poder Ejecutivo -desde su cabeza- irradia consecuencias que pueden involucrar intereses no sólo jurídicos (no me refiero a consecuencias económicas o penales) sino también políticos, ideológicos y emocionales. En ese contexto es razonable que la designación del cónyuge de un Ministro (sin importar su género) no represente las garantías mínimas de independencia de toda influencia.

Por supuesto que las garantías mínimas de independencia no están dadas, y ello resulta tan manifiesto o evidente como podría serlo la designación de un familiar cercano de la titular del Poder Ejecutivo en un órgano de control.

El Sr. Fiscal de Estado alega que esa designación involucra el ejercicio de una facultad discrecional.

Pero, ¿cuál es la línea divisoria entre el ejercicio razonable de la "discrecionalidad" administrativa y el exceso que violenta el principio de legalidad o juridicidad? La respuesta no es simple; es problemática, está sujeta, aunque sólo en estos casos

extremos y difíciles, al debate y decisión jurisdiccional (en definitiva una forma institucionalizada de diálogo); lo que no debe despertar temores exagerados, desde que todos los intereses tienen posibilidad de tomar la palabra y, en definitiva, la argumentación judicial es sometida a un control que, al menos idealmente, debe ser público, minucioso y fundamentado.

El amparista sostiene, con razón, que el ejercicio disfuncional (es decir, contrario a los fines y funciones jurídicos) de una facultad discrecional por parte del Poder Ejecutivo conlleva la potencial anulación del organismo de control. Recurre el amparista a los conceptos de "abuso de derecho" (art. 10 Código Civil y Comercial) que en la faz del derecho público se vincula a la "abuso de poder", "desvío de autoridad", "abuso de práctica constitucional".

Cierto es que la discrecionalidad (concepto por demás discutible en cuanto a su significación y uso) tiene siempre un límite. Ese límite lo conforman las normas superiores del sistema, los principios jurídicos aplicables en cada caso y, siempre, el art. 28 de la Constitución Nacional, en cuanto exige que toda norma debe ser una derivación razonable de los principios, derechos y garantías allí reconocidos. Existe un plano de juridicidad (conformado por una red de disposiciones normativas, valores y principios; verdaderas reglas de juego) sobre el que es posible ejercer facultades con discrecionalidad, ponderando (con amplitud) la conveniencia u oportunidad de cada acto. No obstante, ese plano o dimensión de juridicidad no debe ser atravesado o distorsionado.

En tal sentido, la designación de una persona que tiene un vínculo familiar tan estrecho con una figura central del gobierno incorpora un factor de riesgo innecesario allí donde el sistema debe dar garantías mínimas a la ciudadanía. Ya volveremos sobre esto al detener el análisis en las previsiones de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción.

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

Debo, mientras tanto, resaltar el hecho de que existen, al menos, dos factores que invitan a exigir una mayor intensidad en la apreciación de las candidaturas a cubrir estos cargos.

En primer lugar, recordemos que se trata del único órgano de control de cuentas públicas de la Provincia de Santa Cruz, lo que agrava la necesidad de ajustar su funcionamiento de modo estricto a los principios republicanos y garantizar la transparencia en su funcionamiento.

En segundo lugar, en este caso, a diferencia de otros ejemplos -sin duda más innovadores y garantistas- del derecho comparado, la integración del Tribunal se encuentra en forma mayoritaria bajo la selección del Poder Ejecutivo (si bien con acuerdo de la Cámara de Diputados). Así es que, si el sistema brinda tan amplio nivel de "discreción" al titular del Poder Ejecutivo, la contrapartida no puede ser otra que un ejercicio contenido y restrictivo -es decir ajustado a los principios jurídicos vigentes- de esa facultad.

Tal vez el juicio a una designación de este tipo podría ser diferente si el Poder Ejecutivo solo tuviera la posibilidad de intervenir en el nombramiento de una minoría de los integrantes del Tribunal.

En este punto vale la pena realizar alguna consideración respecto de la situación y función de la vocalía por la minoría, en tanto ha sido objeto de mención específica por parte de la Dra. Gaitán y el Sr. Fiscal de Estado. Se ha puesto el ejemplo de la actuación de dicho vocal (aquí, además, el amparista) en el control de las cuentas de municipios gobernados por el mismo partido político de la minoría. Desde ya que, según mi entender, es una situación que puede presentar algún punto de contacto con el caso analizado, aunque también -advierto- relevantes diferencias. No estaríamos ya hablando de una relación familiar entre controlante y una autoridad superior de la autoridad sometida a control.

De todos modos, y más allá de la necesidad de que el principio de transparencia sea aplicado con la mayor extensión posible y sin excepciones, debo enfatizar la trascendencia institucional (en cuanto a la mecánica de control) que tiene la integración y actuación de los vocales que son designados por el Poder Ejecutivo, en tanto componen la mayoría absoluta del Tribunal y definen la voluntad del órgano.

En todo caso, para concluir con esta cuestión, he de aclarar que la actuación de la vocalía por la minoría no es objeto de conocimiento en este proceso ni puede, por tanto, invocarse la aplicación de la doctrina de los actos propios, especialmente teniendo en cuenta que el tema excede el interés particular del amparista e involucra el orden público constitucional.

Veamos otros aspectos de la demanda.

El amparista resalta que la vocalía actualmente vacante es la de Entes Municipales y Comisiones de Fomento, y que estas últimas se encuentran bajo la órbita del Ministerio de Gobierno.

Sobre el particular, la Dra. Gaitan y el Sr. Fiscal de Estado aclaran que las cuentas de las Comisiones de Fomento no comprometen actividades y funciones del Ministerio de Gobierno, así como señalan que, en definitiva, cualquier conflicto de intereses se resuelve con la utilización de los mecanismos de excusación y recusación.

He de realizar dos observaciones sobre este aspecto.

Por un lado, según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Ministerios, compete al Ministerio de Gobierno, entre otras funciones, lo atinente a asuntos de política interna, preservación del orden público, vigencia del orden legal y, en particular, con interés en este caso, entender en las relaciones con los Municipios. Justamente el control de las cuentas municipales sería la competencia principal de la Dra. Gaitan de asumir la vocalía. Desde ya, está claro que el Ministro de Gobierno

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

no es responsable por las cuentas de los Municipios (entes autónomos), pero es evidente que no aporta a la distancia crítica de la Dra. Gaitán (independencia y neutralidad razonable de influencias externas) el hecho de que su cónyuge sea el titular de la relación política y administrativa entre el Gobierno Provincial y los Municipios.

La complejidad de la cuestión excede el simple ejercicio del mecanismo de excusación en los casos que interesen inmediatamente a su cónyuge, porque no se pone en duda aquí la integridad ética de la Dra. Gaitán ni su honesta voluntad de ejercer honestamente la vocalía del Tribunal de Cuentas. Lo que se controvierte y discute es si existen motivos objetivos para considerar que no están materialmente dadas las garantías mínimas para que ejerza el cargo con tranquilidad y distancia crítica y emocional.

Cuando se trata de cuestiones que interesan al funcionamiento e integración de instituciones republicanas, la satisfacción del interés colectivo requiere, más allá de las condiciones personales de la persona propuesta (y las presunciones que la favorecen), que se satisfaga de modo razonable y según pautas objetivas, la confianza del ciudadano en la efectividad del sistema. El principio de transparencia y la forma representativa y republicana de gobierno así lo implican. Algo parecido ocurre con el sistema de recusación y excusación de magistrados judiciales. Aún cuando no existan motivos reales para el apartamiento del juez (es decir, no exista prueba suficiente de algún interés del magistrado), éste debe ceder en su actuación cuando existen razones objetivas de cierto peso que generan en el justiciable intranquilidad o dudas evitables sin costos para el sistema.

Y es que -volviendo a la situación de la Dra. Gaitán- el cargo que ocupa su cónyuge (cuestión que no tiene absolutamente nada que ver con una cuestión de género, pues podría darse la situación inversa con exactamente el mismo contenido valorativo e

interpretativo) tiene una trascendencia -y se encuentra inmerso en una red de relaciones- que implica la existencia intereses que exceden el área específica de sus funciones. Es previsible y esperable que un Ministro de Gobierno tenga un compromiso inmediato y cercano con la Jefatura del Poder Ejecutivo y, así, de modo mediato, con las distintas áreas de la administración. No le será del todo indiferente lo que ocurra bajo la dependencia o dirección del Poder Ejecutivo siendo, nada menos, que un Ministro-Secretario.

Veamos la situación, nuevamente, desde una doble perspectiva. Por un lado, primero observemos la centralidad de la función del Ministro de Gobierno en el Poder Ejecutivo y, luego, pongamos atención en las características del vínculo que une a la Dra. Gaitan con dicha autoridad.

Nuestra Constitución Provincial, al tratar la organización del Poder Ejecutivo incluye -en la misma Sección- la figura de los "Ministros Secretarios". Se trata de figuras auxiliares de primer orden en el funcionamiento del Poder Ejecutivo, hasta tal punto que refrendan los actos de éste, sin cuya firma carecen de validez (art. 121 C. Provincial).

Por otra parte, el vínculo del Ministro y la Dra. Gaitan es de aquellos a los que, por su grado de cercanía, el sistema jurídico otorga una significación y efectos determinados, con implicancias que van desde su exclusión como testigos en causas civiles, hasta la interdicción de la posibilidad de efectuar denuncias penales.

No se trata, como vemos, de una cuestión de género, sino que el derecho supone para este tipo de vínculos tal grado de comunidad en intimidad que, incluso, los exime de la figura penal del encubrimiento.

No pretendo con ello afirmar que en este caso puedan presentarse circunstancias que impliquen la eventual aplicación de una figura penal. Simplemente, se trata de brindar ejemplos para ilustrar que

FRANCISCO VASQUEZ
JEL

la cuestión sometida aquí a juzgamiento cuenta con el respaldo del sentido común, apoyado en las lecciones que nos da la experiencia y la forma en que son legisladas situaciones análogas o que, al menos, presentan puntos de contacto.

Los argumentos expuestos ponen en evidencia que la designación de la Dra. Gaitan no cubre las garantías mínimas que debe aportar el Estado en orden a la conformación de un órgano de control externo. De este modo, se ve comprometido el principio de razonabilidad (art. 28 de la C.N.), pues la designación desvirtúa los fines mismos del sistema de control y los valores y principios republicanos allí implícitos. Esta conclusión se ratificará al evaluar, en los próximos párrafos, el impacto de las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Del mismo modo -como ya dije- se ve perjudicado el principio de legalidad (más ampliamente denominado de "juridicidad"). Existe en nuestro derecho un principio de interdicción de la arbitrariedad de las decisiones de la administración. Sin duda, cuando estas decisiones, apelando a su carácter discrecional, contradicen los límites que impone el sistema jurídico constitucional, estamos ante una situación -tal como plantea el amparista- análoga al "abuso de derecho" y que puede ser calificada -en el ámbito del derecho público- como "desvío de poder".

V. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.-

Esta convención ha sido ratificada e incorporada a nuestro derecho interno (con la jerarquía supra-legal que prevé el art. 31 de la Constitución Nacional) por Ley 26.097.

Conforme su artículo primero, la finalidad de la Convención es, entre otros, promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

Mientras tanto, su artículo quinto, establece que:

"Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios de imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas".

El concepto de transparencia, ya veremos, se repite en forma reiterada a lo largo del articulado de la Convención, vinculado tanto con la obligación de rendir cuentas (tal como surge del artículo quinto transcripto en el párrafo precedente), como con la prevención de conflictos de intereses (como veremos en el artículo siete).

El artículo sexto de este instrumento se refiere a los principios que deben regir a los órganos de prevención de la corrupción. Allí, se señala expresamente que los Estados Parte deben garantizar (utiliza esta expresión: **"garantizar"**) la existencia de un órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción. El Estado Parte se compromete a otorgar a dicho órgano **"...la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida"**.

Pues bien, volviendo siempre al tema de los "principios": ¿A qué se refiere la Convención cuando habla de garantizar la existencia de órganos independientes? ¿Qué significa esa independencia en el marco de los principios fundamentales del Estado Argentino?

Por su parte, el artículo séptimo, en cuanto a los sistemas de designación de funcionarios no elegidos, establece que los Estados Parte procurarán mantener procedimientos eficaces y -nuevamente- **"transparentes"**. También la norma -como ya dije- se refiere a la necesidad de prevenir conflictos de intereses.

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

Este conjunto de normas aclara y precisa el análisis que veníamos realizando. Nuevamente nos encontramos con principios y modalidades que se encuentran ínsitas en la idea de forma de gobierno republicana; mas, ahora, estos principios, deberes y recomendaciones (que deben aplicarse en la mayor medida posible) se encuentra explícitamente positivizados.

También nuestro país a ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759), donde nuevamente encontramos las mismas ideas y principios.

De ninguna manera parece que designar en un órgano de control externo a un familiar cercano de un alto funcionario ejecutivo, cumpla con los recaudos, recomendaciones y principios referidos y a los que se comprometió el Estado Argentino; en particular con los compromisos relacionados con organismos de prevención de la corrupción independientes y que obren con transparencia.

Desconocer el alcance de la normativa convencional mencionada o de los principios constitucionales referidos en el apartado precedente, importa tanto como convertir su letra en una declamación puramente retórica.

Para terminar, vale la pena recurrir a una interpretación del concepto de "conflicto de intereses" en el contexto de la Convención contra la Corrupción.

Se ha dicho que **"Una situación de conflicto de intereses se presenta cuando las decisiones públicas o los procesos de adopción de decisiones públicas no son completamente objetivos o pueden verse influenciados por intereses propios del funcionario o de terceros"** ("Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global", 2º edición. Oficina Anticorrupcion. redacción Dr. Nicolás R. S. Raigorodsky, www.argentina.gob.ar).

"Los funcionarios públicos están sujetos a un

requerimiento muy firme de actuar con igualdad. Deben tratar con igualdad a todos los intereses particulares afectados actual o potencialmente por sus actos públicos, y esto incluye sus propios intereses particulares. Aquí es donde surge la necesidad de controles y reglas objetivas, dada la natural tendencia que todos tenemos a proteger prioritariamente nuestros intereses" (Cita de la precedente publicación de la Oficina Anticorrupción, Alegre, Marcelo. "Informe Final. Regulación de Pautas de Comportamiento Ético y Conflictos de Intereses en la Argentina". En www.anticorrupcion.gov.ar, ingresando en "centro de documentación").

En conclusión, dados todos los argumentos expuestos, entiendo que la designación de la Dra. Gaitan como Vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Santa Cruz resulta nula, dada su inconstitucionalidad, por contrariar los principios razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional y 17 de la Provincial), transparencia (previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, e implícito en la adopción constitucional de la forma republicana de gobierno, conforme arts. 5 y 33 de la Constitución Nacional y art 1 de la Constitución Provincial).-

VI.- Sanción disciplinaria a los letrados que representan al Estado Provincial.-

Por último, corresponde en este estadio procesal, en uso de las facultades previstas en el Art. 18 de la Ley Provincial N° Uno y 35 inc. 3° del C.P.C y C., analizar la conducta procesal de los letrados que representan al Estado Provincial. Me refiere, en concreto, al lenguaje indecoroso, desconsiderado e impertinente utilizado en los distintos escritos que han suscripto.

Aclaro que esta sanción comprende las expresiones vertidas en el escrito de apelación agregado en el expediente ESTADO PROVINCIAL Y OTRO en autos STOESSEL JAVIER A. C/ ESTADO PROVINCIAL S/ AMPARO S/ Incidente de Apelación" Expte.:

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

18.548/IA, que pese a estar dirigidos a la Excm^a. Cámara de Apelaciones, los letrados aclaran en su escrito de fs. 95 que ratifican y dan por reproducidas las consideraciones allí vertidas al momento de apelar la medida cautelar.

Más allá de las graves insinuaciones o imputaciones (no está claro si pretenden denunciar algún delito) que realizan tanto respectode este magistrado como de letrados intervinientes, el tema disciplinario se centra fundamentalmente en sancionar las formas alejadas de la buena praxis y no el contenido en sí de lo que parecen ser denuncias informales. El contenido eventualmente calumnioso excede la cuestión disciplinaria y debe ser ponderado en forma personal por el suscripto en relación a las reacciones jurídicas que correspondan.

Los Dres. Fernando Pablo Tanarro y Andrea Askenazi, se han excedido en la forma y alcance de las expresiones vertidas; debo aclarar que si bien esta actitud ya tiene precedentes y he optado no acudir a la aplicación de las facultades sancionatorias previstas en el código de rito, que deben ser ejercidas de manera mesurada; en esta oportunidad considero que el tenor de algunas de las expresiones justifican una reacción con la finalidad de defender la función, más allá de quien la desempeña ocasionalmente.

Ha de tenerse presente que las sanciones previstas en el Art. 18 de la Ley Provincial N° Uno tienen más allá de su aplicación y graduación -sin duda no resultará proporcional a la falta cometida- un "efecto simbólico" y disuasivo al cual debe arribarse en casos que notoriamente lo ameriten, agravado en este caso particular atento el cargo de Fiscal de Estado de la Provincia de Santa Cruz y Fiscal Adjunta que detentan los mencionados profesionales, quienes deberían ajustar su conducta a lo dispuesto en la Ley de Ética de la Función Pública (Ley N° 3325).

El Art. 32° de la Ley n° 3225 expresa: *"El funcionario público debe observar una conducta que resalte la dignidad y el*

decoro, actuando con sobriedad y moderación, en su interacción con el público y demás funcionarios, conduciéndose en todo momento con respeto y corrección."

En el sub-lite se han utilizado expresiones que contienen un nivel de agresividad contrario a los principios de buena fe; tornándose inaceptables. Han centrado el grueso de su argumentación en agredir e insultar a letrados, funcionarios y magistrados, siempre de manera velada o sarcástica, sin indicar circunstancias o elementos fácticos que justifiquen sus dichos. Para colmo, esta retórica "ad hominem" (falacia no formal) carece de peso y eficacia defensiva, por ser inconducente, es decir carente de vínculo lógico y fáctico con la cuestión debatida.

Esta actitud procesal se aleja de un comportamiento adecuado a las reglas de orden, decoro, corrección y buena educación que deben guiar a los letrados en el ejercicio de su profesión al dirigirse a magistrados, funcionarios, las partes u otros colegas.

Se ha dicho que *"Es inadmisibile disculpar graves expresiones vertidas por un abogado aduciendo que ellas fueron vertidas en un litigio judicial, ya que es precisamente en ese ámbito donde se desarrolla aquella parte de la profesión, en la que cabe extremar las exigencias con miras a preservar la dignidad en su ejercicio. [CSJN, 9/2/89, "Spinedi, Enrique S. s/ Recurso de apelación Colegio Público de Abogados", CSJN-Fallos, 312-I:148]."*

La forma de expresarse de ambos letrados en su rol de representantes del Estado Provincial, implica una clara falta de respeto a la magistratura judicial, función que merece la misma consideración y respeto con que deben ser tratados todo ciudadano o profesional que forman parte de un proceso, en el ejercicio de un trabajo digno.

Así, se observa que dichos profesionales han utilizado expresiones que fomentan la conflictividad y la violencia.

Cuestionan, por ejemplo, la imparcialidad y dignidad de

FRANCISCO MARINKOVIC
JUEZ

este magistrado de manera liviana, cuando -si tiene realmente alguna objeción seria- debería recurrir al instituto de la recusación con causa. El problema -intuyo- es que las causas de recusación deben ser probadas.

Transcribiré algunas frases para ilustrar la magnitud y despropósito de la actuación de los letrados:

- "Observamos aquí que la jurisdicción judicial se mueve una vez más en razón de intereses políticos ...". (fojas 54 vta.).

- "La falta de fundamentos es alarmante y evidencia una intencionalidad que trasciende lo jurídico para situarse en un plano evidentemente político ..." (fojas 54 vta.).

- "Nos encontramos ante una resolución dictada a las apuradas, carente de fundamentación, que contiene solo enunciados normativos abstractos y que, en síntesis, no es más ni menos que una decisión política arbitraria, con la cual -una vez más- el Juez se convierte en un instrumento político ..." (fojas 55 vta.)

- "La intencionalidad política del juez en función de la obtención de un resultado es mas que evidente, ello al punto tal que directamente no existe disimulo ..." (fojas 55 vta.)

- "A partir de esta cautelar infundada, que impide a quien fue designada constitucionalmente acceder al cargo, todo puede ocurrir en el Tribunal de cuentas. Y no es solo en ese organismo, en cualquiera. Nunca más sabio el consejo del Martin Fierro a sus hijos: hacete amigo del Juez ...". (fojas 58 vta.)

- "Omíte el Juez, o no lo recuerda, o se hace el distraído ...".(fojas 61)

- "No hay dudas en nuestro caso que nos encontramos ante un típico caso de arbitrariedad, al que debemos sumar la falta de templanza del juez que hace prevalecer sus cuestiones personales y las de sus justiciables de siempre.". (fojas 62 vta.)

- "Como decimos la cuestión no es jurídica, es política.

Lo que se necesita era un resultado sin importar detalles tales como el apego a las normas. La arbitrariedad reina en la Secretaría de Amparos contra el Estado Provincial. A esta altura de los acontecimientos es desparpajo es tal que ya ni siquiera se molestan en barnizar sus decisiones con algún atisbo de seriedad ...". (fojas 66).

En cuanto a los términos vertidos por los letrados respecto de la persona del accionante, solo me limitaré a referenciar su ubicación a fojas 61 in fine y 61 vta. evitando su reproducción atento el grado ofensivo que contienen.

Corresponde recordar que: *"Los litigantes tienen derecho a la crítica de los pronunciamientos judiciales que crean injustos, mediante el más amplio y severo estudio de los fundamentos aducidos por el a quo. Sin embargo, tal derecho debe ser ejercido con prudencia y respeto, sin menoscabar el decoro de los jueces y de las partes intervinientes". (C.N.Civ. Sala E, 28/09/76, L.L. 1977).*

Nuestra Excma. Cámara de Apelaciones ha dicho que *"Este Tribunal ha insistido siempre en recomendar que las referencias a las actividades del órgano jurisdiccional y de las partes por cualquiera de los intervinientes en el proceso observen la dosis de cortesía indispensable para mantener las relaciones procesales dentro del margen de decoro y respeto necesario para su ordenado desarrollo." (Cám. de Apelac. de la 1º Circ. Judi. de Santa Cruz, en autos "Navarro José Antonio c/ Soto Horacio s/ Desalojo. Sent. Tº XIV, Rº 1451).*

Visto todo lo considerado, y en atención a que debe ser sancionada la actividad que contraría normas procesales y afecta el decoro y respeto que debe regir la relación de los profesionales, en uso de las facultades disciplinarias que me confiere el Art. 18 de la Ley Provincial Nº Uno y Art. 35º inc. 3º del C.P.C. y C., corresponde aplicar una sanción a los Dres. Fernando Pablo Tanarro -Fiscal de Estado de la Provincia de Santa Cruz- y Andrea Askenazi -Fiscal Adjunta-

FRANCISCO MARINOVIC
JUEZ

consistente en una multa de PESOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA (\$ 4.430,00), a cada uno de ellos, equivalente a la mitad del salario mínimo vital y móvil (máxima sanción disciplinaria que puede aplicar un Juez de Primera Instancia); haciéndole saber que deberá abstenerse de incurrir -en lo sucesivo- en conductas irrespetuosas, calificaciones despectivas o cualquier otro tipo de lenguaje excesivo o violento, en la medida que atenta contra los deberes de lealtad, probidad y buena fe, a fin de mantener el buen orden y decoro del proceso, bajo apercibimiento en caso de nuevas situaciones de remitir copia de lo actuado al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz para que tome las medidas correctivas de mayor gravedad.

Líbrese oficio al Superior Tribunal de Justicia, Secretaría de Superintendencia, para que tome conocimiento de lo dispuesto previamente y se deje constancia del antecedente.

VII.- Costas.-

Atento a la suerte de la presente litis las costas causídicas deberán ser soportadas por el Estado Provincial demandado (art. 16 Ley 1117, modificatorias y concs.). Exímase de las costas a la Dra. Gaitán, pues si bien es parte en el proceso y resulta parte perdedora, no fue demandada en forma directa por el amparista, sino que se incorporó luego al trámite debido a la orden dictada por este magistrado para integrar adecuadamente le litis y que pudiera defender sus intereses que, claramente, se encuentran comprometidos.

La regulación de honorarios de los letrados intervinientes corresponde sea diferida hasta tanto den cumplimiento con la normativa previsional y tributaria vigente.

Por todo ello, conforme lo estatuido en los arts. 43 Constitución Nacional, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15 de la Constitución Provincial y demás normativa citada;

FALLO

1.- Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por **JAVIER A. STOESEL** contra el **ESTADO DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ** y la **Dra. ROMINA FERNANDA GAITÁN**, declarando la nulidad, por inconstitucionalidad, de la designación efectuada a propuesta del Poder Ejecutivo (y con acuerdo de la Cámara de Diputados) de la Dra. Romina Fernanda Gaitán como Vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Santa Cruz, por contraponerse a la siguiente normativa constitucional y supra-legal: principios razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional y 17 de la Provincial), transparencia (previsto en arts. 5, 6 y 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, e implícito en la adopción constitucional de la forma republicana de gobierno, según arts. 5 y 33 de la Constitución Nacional y art 1 de la Constitución Provincial).-

2.- Aplicar una sanción a los Dres. Fernando Pablo Tanarro -Fiscal de Estado de la Provincia de Santa Cruz- y Andrea Askenazi -Fiscal Adjunta- en uso de las facultades disciplinarias que me confiere el Art. 18 de la Ley Provincial N° Uno y Art. 35° inc. 3° del C.P.C. y C., consistente en una multa de PESOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA (\$ 4.430,00), a cada uno de ellos, equivalente a la mitad del salario mínimo vital y móvil (máxima sanción disciplinaria que puede aplicar un Juez de Primera Instancia); haciéndole saber que deberá abstenerse de incurrir -en lo sucesivo- en conductas irrespetuosas, calificaciones despectivas o cualquier otro tipo de lenguaje excesivo o violento, en la medida que atenta contra los deberes de lealtad, probidad y buena fe, a fin de mantener el buen orden y decoro del proceso, bajo apercibimiento en caso de nuevas situaciones de remitir copia de lo actuado al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz para que tome las medidas correctivas de mayor gravedad.

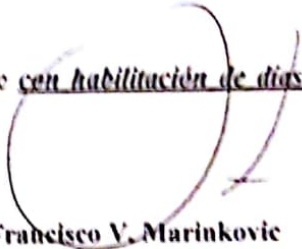
3.- Librar, una vez firme lo anterior, oficio al Superior Tribunal de Justicia, Secretaría de Superintendencia, para que tome

conocimiento de lo dispuesto previamente y se deje constancia del antecedente.

4.- Imponiendo las costas causídicas a la autoridad demandada. Eximase de las costas a la Dra. Gaitán.

5.- Difiriendo la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto den cumplimiento con la normativa previsional y tributaria vigente.

6.- Regístrese y Notifíquese con habilitación de días y horas hábiles.


Francisco V. Marinkovic
Juez