

La Plata, 22 de Febrero de 2012.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver la medida cautelar solicitada en autos, y  
CONSIDERANDO: 1. Que el actor solicita, como medida cautelar, se ordene la suspensión de los efectos del acto administrativo dictado por el Consejo de la Magistratura el día 3 de octubre del año 2011, mediante el cual se elaboró la terna de aspirantes a cubrir el cargo de Juez de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata, correspondiente al concurso N° 1679 (1 cargo, Vacante n° 2924), cuya prueba escrita fuera tomada el día 10 de mayo de 2011, hasta tanto se dicte sentencia en autos.- 2. Señala que con fecha 10 de mayo de 2011 rindió el examen exigido para aspirar al cargo de Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata y luego de aprobarlo y dar cumplimiento a las diversas entrevistas que prevé la ley 11.868 y el reglamento correspondiente, se lo excluyó arbitrariamente de la terna en forma injustificada. Argumenta que la decisión en crisis no efectuó valoración ni comparación alguna de los postulantes. Señala que el acto aparece así como mera expresión de voluntad del Consejo, carente de los fundamentos mínimos que permitan colegir como y porqué se llegó a la decisión final y ello naturalmente impide su control. Concluye que la decisión atacada incumple con el ineludible requisito de motivación.- Señala que la actuación de la demandada vulnera sus derechos constitucionales, y en particular, incumple con la obligación de emitir una valoración personal específica y diferencial sobre cada uno de los ítems que debieron conformar un juicio responsable.- 3. Sentado ello, corresponde analizar los requisitos legales que permiten evaluar si la medida cautelar pretendida en autos es procedente (art. 22 del CCA): 3.1. Verosimilitud del Derecho:- 3.1.1. Es criterio del infrascripto que la presunción de legalidad del acto administrativo, en tanto encuentra fundamento en razones de eficacia (evitar la desobediencia civil), desde donde cierta doctrina postula la presunción de validez de todos los actos estatales (Cassagne, Juan C, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, 1996, Tomo II, pág. 228), es inoponible a la actividad jurisdiccional de los magistrados. Afirmar lo contrario, esto es, extender el principio más allá de los contornos que definen la relación jurídico administrativa, imponiéndola como un límite al contralor judicial, implica afirmar el sometimiento de los jueces a los actos de la Administración, violando así, el principio de división de poderes.- Por su parte, es válido precisar que no todos los actos estatales gozan de aquella presunción -con los alcances que la doctrina le atribuye a la del acto administrativo-, por cuanto (vgr.) los efectos de la sentencia de un juez contencioso administrativo, como acto estatal, se suspenden con el recurso de apelación (art. 56 inc. 5 CCA), situación que no se verifica con el acto

administrativo, a excepción del singular privilegio con que cuentan los funcionarios frente a la impugnación judicial de los actos del Tribunal de Cuentas (art. 37 Ley 10.869).- Sin perjuicio de lo expresado, y aún cuando se considere a la presunción de legalidad como un postulado vinculado a la validez del acto y no a su eficacia, dicha presunción no es absoluta sino que cede cuando se lo impugna sobre bases "prima facie" verosímiles (CSJN, Fallos: 250:154 y 307:1702, entre otros). Asimismo, se ha considerado que el conocimiento del derecho invocado no exige un examen de certeza, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (Fallos:306:2060 y 316:2855, entre otros). - 3.1.2. Sentado ello, y dentro del limitado marco cognoscitivo del proceso cautelar, advierto que la pretensión cautelar se sustenta sobre bases "prima facie" verosímiles (art. 22 inc. 1 "a" del CCA). Ello así por cuanto se advierte que la decisión impugnada se basa, en el acta de fs.1/2 donde no se explicitan las razones específicas de la decisión aludiendo a cuestiones genéricas, razón por la cual, en principio, carecería de motivación suficiente.- En efecto, la simple lectura del acta antes mencionada evidencia su orfandad argumental y carece de motivación suficiente dado que sólo indica en sus considerandos que “ ... habiendo ponderado cada uno de los miembros del Concejo los antecedentes y méritos que constan en los legajos personales de todos los postulantes, habiendo analizado el resultado de las pruebas de oposición y complementarias ordenadas; las respuestas recibidas en los informes solicitados a los Consultivos Departamentales...., habiéndose oportunamente entrevistado a los postulantes que mantuvieran la calidad de tales en el concurso de referencia y considerando su solvencia moral, idoneidad, respeto de las instituciones democráticas y los derechos humanos, sólida formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común, los señores Consejeros presentes proceden a emitir el voto....”, para luego resolver, una vez efectuado el recuento de los votos y con las mayorías necesarias, la terna en cuestión.- Al respecto, manifiesta Gordillo que, la explicación de cuáles son los hechos probados y cómo determinan, a juicio de quien resuelve, el contenido dispositivo que se le da al acto, es un recaudo inexcusable que el acto debe satisfacer, es necesario justificar el acto, razonarlo en función de los hechos de los cuáles se parte. Y, lo mismo que con la motivación fáctica, ocurre con la fundamentación normativa, el acto no sólo debe tener sustento en el ordenamiento jurídico en cuanto al objeto que decide, sino además debe explicitar las razones por las que dicho objeto está en concordancia con el orden jurídico. Los principios republicanos imponen la obligación a la Administración de fundamentar sus actos, ello es precondition de la defensa del interesado y de su control judicial (Conf. GORDILLO, Agustín; Tratado de Derecho Administrativo.

Tomo 3. El Acto Administrativo; Ed. Fundación de Derecho Administrativo; 2004; Octava Edición; Buenos Aires; Págs. IX 28, IX 35/36 y, X 15).- El Máximo Tribunal Provincial se ha pronunciado al respecto expresando que: “la obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar (art. 108, decreto ley 7647/1970 al igual que su similar art. 108 de la ordenanza general 267/80 de Procedimiento Administrativo municipal) y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1º, C.N.; 1º, Const. pcial.) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público (C.S.J.N., Fallos 315:2771, 2930; 319:1379; 320:1956, 2590; 321:174; 322:3066; 324:1860; ...)” (causa B 56.525, “M.A. c. Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa”, del 13/2/2008, con cita de la doctrina de la causa B. 62241, “Zarlenga” del 27/12/2002).- En ese sentido, no puedo dejar de señalar que quien se presenta hoy en estos autos es quien promoviera, por idénticas razones, aquella decisión de la Suprema Corte Provincial (Causa "Zarlenga", ya citada) y otros decisorios de distintas instancias, que evidenciaron el mismo vicio -ausencia de motivación suficiente- en los actos del Consejo de la Magistratura de la provincia y, pese a los citados precedentes, no ha modificado su conducta.- 3.1.3. Por lo expuesto, juzgo que se configura la apariencia del buen derecho que exige el ordenamiento jurídico para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada (art. 22 inc. 1 “a” del CCA).- 3.2. Peligro en la demora: Dado el carácter irreversible del procedimiento de selección impugnado, sumado al tiempo que es previsible insumir para arribar a la sentencia, y sin que ello importe una decisión definitiva sobre el particular, resulta razonable considerar que, en el marco de las circunstancias reseñadas, el avance del mismo causa al actor un gravamen de difícil o imposible reparación ulterior.- Con lo que queda demostrado la existencia del recaudo de "periculum in mora", definido como "el peligro de que, mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de un modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío su mandato, expuesto a llegar cuando el daño sea irremediable" (conf. Vallefín, Carlos; Protección cautelar frente al Estado, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2002, pág. 65; y Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales comentados y anotados", Ed. Platense, 1971, t.III p.60).- Por su parte, se advierte que el régimen general de medidas cautelares establecido por los arts. 22 y siguientes del CCA, no requiere la acreditación de un perjuicio irreparable, sino la existencia un temor fundado en la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente, pues ello configura el interés jurídicamente tutelado que justifica el adelanto jurisdiccional. El requisito sub-exámene se vincula con el

daño, pero atento al carácter preventivo de las medidas cautelares, el CCA no requiere su producción, sino su eventualidad, es decir, la posibilidad de su existencia, situación que, además, resulta plausible, puesto que el sometimiento de la Administración al ordenamiento, como presupuesto del Estado de Derecho, no admite supeditar la vigencia de un hecho, acto u omisión “prima facie” antijurídico, a la mayor o menor intensidad del perjuicio.- Lo expuesto evidencia, sin lugar a dudas, la configuración del peligro en la demora que habilita el dictado de este remedio cautelar (art. 22 inc. 1 "b" del C.C.A.).- 3.3 . No afectación del interés público: No se advierte “prima facie” que la medida cautelar peticionada pueda producir una grave afectación al interés público.- Como he señalado desde hace tiempo en diversas oportunidades, la sola inobservancia del orden legal, por parte de la administración, vulnera el interés público determinado por el pleno sometimiento de la misma al ordenamiento jurídico, como postulado básico del Estado de Derecho (Conf. Causas N° 7156, "MANTENIMIENTOS DEL SUR S.R.L.", res. del 8-VII-2005; N° 2873, "CLUB NAUTICO HACOAJ", res del 25-X-2006; N° 11004, "SAVAFAMA S.A.", res. del 8-V-2006; N° 12443, "ABDALA", res. del 7-V-2007, entre muchas otras).- 3.4. Contracautela: En función de lo expuesto, las particulares circunstancias de autos, y en especial el alto grado de verosimilitud del derecho invocado, deberá el accionante prestar caución juratoria ante el actuario, para responder por las costas, y los daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar en caso de haberla solicitado sin derecho (art. 24 del CCA).- 3.5. Alcance de la medida cautelar: Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo conveniente limitar temporalmente los efectos de la medida cautelar solicitada por dieciocho meses (art. 22 inc. 3 del CCA), a fin de no afectar el servicio de justicia comprometido en el caso, ordenando a la demanda la suspensión del procedimiento de selección para aspirar al cargo de Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata. Por los fundamentos expuestos; RESUELVO: Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando la suspensión de los efectos de la decisión del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires del 3-X-2011, mediante la cual se conformó la terna a aspirantes al cargo de Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, del Departamento Judicial de Mar del Plata, correspondiente al concurso N° 1679, vacante N° 2924, con el alcance incitado en el Considerando 3.5. de la presente. A esos fines, y previa caución juratoria, líbrese oficio. REGISTRESE. NOTIFIQUESE A LA FISCALIA DE ESTADO (arts. 135 inc. 5 del C.P.C.C. y 27 inc. 13 del D. Ley 7543/69).-”. Fdo. LUIS FEDERICO ARIAS Juez en lo Contencioso Administrativo n° 1 Dpto. Judicial La Plata.