



**Ministerio Público de la Nación**

EXPTE: N° CAF 34717/2015

AUTOS: "COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL  
FEDERAL C/ EN-CONSEJO DE LA MAGISTRATURA  
DEL PODER JUDICIAL DE LA NACION S/ PROCESO  
DE CONOCIMIENTO"

JUZGADO: N° 3

SECRETARÍA: N° 5

Señora Juez:

Vuelven las presentes actuaciones a este Ministerio Público a fin de que dictamine sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley 26.854 formulado en el escrito de demanda.

I- Resulta de autos que el Colegio de Abogados de la Capital Federal, promovió demanda contra el Estado Nacional –Consejo de la Magistratura de la Nación, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 2° de la Ley 27.145 y de la Resolución N° 180/2015 de ese órgano constitucional.

Refiere la representación letrada de la Asociación actora que a través de los referidos artículos y en dicho acto se implementó un sistema que tilda de ilegítimo e inconstitucional en materia de designación y remoción de jueces subrogantes en nuestro país.

A lo largo de la demanda se brindan fundamentos tendentes a demostrar la procedencia de la acción instaurada (confr. pto. II, fs.2 y ss.).

Conforme resulta del pto. VII de la acción se solicita el dictado de una medida cautelar suspensiva de los efectos de la normativa

que se cuestiona en autos (arts. 1º y 2º, Ley 27.145) y en ap. VIII de la acción formularon los agravios constitucionales de los arts. 4º, 5º, 10 y 13, inc. 3º de la Ley 26.854 (vid. fs. 38 y ss.)

A fs. 113 el Tribunal dispone correr vista a este Ministerio Público a fin de que dictamine sobre la competencia y en punto a los agravios constitucionales realizados en torno a la Ley de Medidas Cautelares, N° 26.854.

Seguidamente luce agregado el dictamen de esta Fiscalía contestando el requerimiento efectuado –vide fs. 114/118-.

Luego de ello y ordenado por el Juzgado que se librara el oficio del art. 4º de la Ley 26.854, la actora amplía los términos de la acción instaurada a fs. 121/141, ocasión en la que denuncia como hecho nuevo el dictado de la sentencia “Milla”, por parte de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, en cuyo marco se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la Ley 27.145.

A fs. 147/159 luce el informe del art. 4º de la Ley 26.854 producido por el Estado Nacional, Ministerio de Justicia y DD.HH., de cuya lectura y conclusión a la que se arriba, se solicitó el rechazo de la providencia cautelar pretendida por la actora.

Seguidamente se le confiere nueva intervención a esta Fiscalía a fin de que dictamine sobre la habilitación de la instancia judicial, produciendo el dictamen correspondiente (confr. por todo, fs. 160 y fs. 165 y vta.).

Finalmente, a fs. 169/173 obra la sentencia por la cual el Tribunal resuelve admitir parcialmente la medida cautelar, disponiéndose la suspensión de la vigencia de los arts. 1º y 2º de la Ley 27.145 –la que se fija por el plazo de seis meses- “...se mantenga para



## ***Ministerio Público de la Nación***

futuras designaciones el sistema de cobertura de vacantes previsto en el art. 31 del dto.-ley 1285/58, texto según ley 26.371, al que remitía el art. 2º de la Ley 26.376...”

Dicha providencia cautelar fue apelada por la representación estatal a fs. 178 y en función de lo dictaminado por esta Fiscalía a fs. 114/118, se corre nueva vista a fin de que se emita pronunciamiento en punto al cuestionamiento constitucional del art. 13 de la Ley 26.854. (confr. 179).

II.- En lo que ahora interesa, cuadra señalar que en el punto VIII.4 de la demanda (fs. 43 y ss.) la accionante plantea la inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de apelación “que disponga la suspensión de los efectos de una ley (o acto con rango de ley)”. Toda vez que en esta acción se cuestionan disposiciones legales, formula planteo constitucional “por cuanto de aplicarse tal efecto suspensivo tornaría ilusoria toda posibilidad de tutela urgente, conspira así contra el ya citado derecho a la tutela judicial efectiva”.

Puntualiza que “ante una regulación sustancialmente análoga a la citada, como es el artículo 15 de la ley 16.986, se ha expresado en forma crítica la doctrina y la jurisprudencia” que refiere. En relación concreta con la inconstitucionalidad del art. 13 inc. 3 párrafo segundo de la ley 26.854 cita el precedente “Será Justicia” del Juzgado 10 del fuero (4-6-2013) en el cual se sostuvo que la aludida norma “es inconstitucional porque perturba y hasta neutraliza la función del juez como órgano de control de constitucionalidad, protector de los derechos de los ciudadanos ante eventuales arbitrariedades del poder, con clara agresión a los principios fundamentales de separación y/o distribución de poderes”.

III.- A efectos de analizar el planteo constitucional formulado, entiendo conveniente tener en cuenta que la ley 26.854 (LMC) regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional (Título I) distinguiendo, a tal efecto, entre pretensiones cautelares *contra* toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados (art. 1 y ccs.) y pretensiones cautelares articuladas *por* el Estado o sus entidades descentralizadas (arts. 16 y 17).

Dentro de las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas *contra* todo acto, hecho u omisión estatal la ley distingue entre medidas de suspensión de los efectos de un acto estatal -cuyo objeto puede consistir en la suspensión de los efectos de una ley, reglamento, acto general o particular- (art. 13); medidas positivas, que tienen por finalidad imponer la realización de una determinada conducta estatal (art. 14) y medidas de no innovar, comprensivas de aquéllas que procuran neutralizar la ejecución de una conducta material y, en general, de toda medida de carácter conservatorio no prevista expresamente en la ley (art. 15 inc.1 y 2).

En todos estos casos el otorgamiento de la medida cautelar es susceptible, por cierto, de recurso de apelación, aunque únicamente cuando se hubiere decretado una cautelar contra una disposición legal el legislador preceptúa que el recurso “tendrá efecto suspensivo” (art. 13, inc. 3, párrafo 2).

De modo que el sistema cautelar (suspensión de actos, medidas positivas y de no innovar) se rige por la regla general según la cual la apelación de la medida cautelar otorgada tiene efecto devolutivo,



## **Ministerio Público de la Nación**

es decir, no suspensivo. La excepción a esta regla la constituyen casos como el que nos ocupa, en el cual se dispuso la suspensión de una ley.

Desde este punto de vista, entiendo que se puede trazar una analogía sólo *parcial* con la disposición del art. 15 de la ley de amparo, pues esta norma establece el carácter suspensivo del recurso de apelación respecto de *toda* sentencia (la que declara la inadmisibilidad de la acción, la que decide su improcedencia por el fondo o la que resuelve una medida cautelar). Además, dispone el efecto suspensivo de la apelación contra *toda* medida cautelar (sea “de no innovar” o “de suspensión de los efectos del acto impugnado”) y respecto de *todo* tipo de acto u omisión de autoridad pública contra el cual haya sido decretada.

En otras palabras, en materia amparista la regla legal es que la apelación contra los resolutorios que la admiten (es decir, sentencias definitivas o resoluciones que concedan medidas cautelares suspensivas de actos o de no innovar) lo es “en ambos efectos” (esto es, con efecto suspensivo), mientras que en el sistema de la LMC el principio general es que la apelación no tiene efectos suspensivos, salvo en el caso particular de una medida cautelar decretada contra una disposición de rango legal (en el caso en cuestión, una ley).

Por otra parte, la disposición del art. 15 de la ley de amparo no consagra excepciones, de modo tal que toda sentencia de fondo favorable a la acción y toda medida cautelar decretada en el marco de aquélla se verá suspendida con la articulación del recurso de apelación, conforme la letra de la ley. Como se verá, la ley 26.854 sienta un criterio diverso.

No obstante tratarse el amparo *en sí* de un proceso de tutela urgente, la jurisprudencia aplicó en el pasado la regla legal del artículo 15, ordenando revocar la concesión del recurso otorgada por el juez de grado con efecto devolutivo, por entender que “más allá de las posturas doctrinarias, y del momento en que fue sancionada, la ley referida no fue objeto de modificación alguna por el H. Congreso de la Nación, hasta la fecha, lo que resulta demostrativo de una firme voluntad legislativa en su mantenimiento” (CNCAF, Sala 4, “Alvarez, Carlos c/Ministerio de Economía s/amparo”, Causa Nro. 3475/94, 28-3-94; en similar sentido, CNCAF, Sala 3, “Queja en autos ‘D’ anguli, Pascual c/EN PEN- Sec. De Energía y Comunic. Decreto 92/97 s/amparo”, Causa Nro. 24.659/97, 18-3-98).

Sin desmedro de ello, fue asimismo la jurisprudencia la encargada de efectuar una interpretación razonable del precepto, al establecer que no procedía el efecto suspensivo del recurso en ciertos supuestos. Así, en un caso en el cual el Estado se agraviaba por haber sido concedido el recurso con efecto devolutivo, la Cámara del fuero sostuvo que “sin perjuicio de lo previsto en el art. 15 de la ley de amparo, en numerosas ocasiones se ha sostenido que en aquellos casos en donde se configuren excepciones la apelación de la medida cautelar, aún en el amparo, debe concederse con efecto devolutivo mientras exista razón suficiente que pueda **poner en riesgo la salud, la vida y la integridad física de las personas por tratarse de sumas que poseen carácter alimentario**”, entendiendo el tribunal que correspondía otorgar la apelación con carácter devolutivo en atención a que “la actora tiene **edad avanzada y problemas de salud**” (CNCont.-adm. Fed., Sala III,



## **Ministerio Público de la Nación**

"Estado Nacional - Ministerio de Economía - RQU s/queja", 23-10-06, causa nº 32.386/06, énfasis agregado).

Interesa retener el estándar seguido en este último precedente, pues se vincula, como se verá más abajo, con el modo en el qué ha sido regulada la apelación de medidas cautelares en la ley 26.854, cuando la cautela resguarda determinados bienes jurídicos identificados por el legislador.

IV.- Conforme lo hasta aquí reseñado, en el sistema de la ley 26.854 la interposición del recurso de apelación contra actos dispositivos de medidas cautelares a favor de los particulares –sean estas de suspensión de actos, positivas o de no innovar- carece de efecto suspensivo. La excepción la constituye el caso en el que la medida cautelar suspenda disposiciones de jerarquía legal.

Ahora bien, esta excepción **tiene a su vez su propia excepción**, pues cuando la medida suspensiva de la disposición legal comprometa la tutela de derechos de sectores socialmente vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental, el recurso de apelación carecerá del señalado efecto (cfr. remisión del art. 13 inc. 3, párrafo 3 *in fine* al art. 2 inc. 2 de la LMC).

Sin perjuicio de la relevancia de la disposición en cuanto a que no procede el efecto suspensivo del recurso de apelación cuando la medida cautelar que suspende una ley recaiga sobre *derechos de sectores vulnerables* o sobre derechos del más alto rango como el *alimentario*,

*ambiental o a la salud*, destaca en el art. 2 inc. 2 la protección de la “*vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos*”.

El concepto “vida digna” no surge del texto expreso de la Convención, sino que es producto de la interpretación que del concepto “derecho a la vida” ha efectuado la Corte IDH en su jurisprudencia.

Esta jurisprudencia, vale recordarlo, debe ser considerada por las autoridades estatales al efectuar el “control de convencionalidad” que requiere la CADH, conforme lo ha interpretado tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana como la de nuestra Corte Nacional (para un análisis de esta cuestión, puede verse –entre muchos otros- de nuestra autoría, “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de “tutela administrativa efectiva”. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”. ED, Nro. 13828, Serie Especial de Derecho Administrativo del 7-10-15).

En lo atinente al “derecho a la vida”, la Corte IDH reconoció a partir del caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), la amplia dimensión o alcance de este derecho fundamental, el cual abarca el *derecho a condiciones de vida digna*, en los términos que siguen:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que



## Ministerio Público de la Nación

**sus agentes atenten contra él"** (Corte IDH, Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999, Serie C, n. 63, párr. 144, énfasis agregado).

Sobre esta cuestión, y basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, calificada doctrina ha sostenido que “se verifica una ampliación del concepto del derecho a la vida, ya que se defiende la conexión entre el derecho a la vida con el nivel adecuado de vida, y la noción del proyecto de vida. Lo que determina el cambio de mentalidad, es decir, el derecho a la vida no más estaría exclusivamente en la categoría de los derechos civiles y políticos. El concepto tradicional naturalístico del derecho a la existencia evoluciona hasta el punto de exigirse la determinación de la vida digna, también como un derecho económico y social” (Cenedesi Bom Costa Rodrigues, Renata, “*El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*”, Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, n. 9, enero-marzo 2005, pp. 74-112, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado; ver también sobre la evolución jurisprudencial en la Corte IDH del concepto “vida digna” o “condiciones de existencia dignas”, (Bellof, Mary y Clérigo, Laura, “*Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*”, publicado en Programa SELA 2014, Universidad de Yale, 21/6/14, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14\\_BeloffClerico\\_CV\\_Sp.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14_BeloffClerico_CV_Sp.pdf)).

En mi parecer y volviendo al tema que en concreto nos ocupa, entiendo que el catálogo de situaciones y derechos fundamentales comprendidos en el art. 2 inc. 2 de la LMC dota al magistrado que debe

decidir el efecto del recurso de apelación contra una medida cautelar suspensiva de la ley, de un marco suficiente de apreciación como para disponer la modalidad de concesión del recurso de modo de salvaguardar toda situación en que se afecten los derechos allí mencionados o “se encuentre comprometida la vida digna” conforme la interpretación que la Corte IDH ha hecho de la Convención en este aspecto, aventando de tal modo –gracias a la amplitud de la excepción– toda sospecha de inconstitucionalidad de la ley.

Cuadra destacar que el control de constitucionalidad de las normas es uno de los fines supremos del Poder Judicial de la Nación, y que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, razón por la cual debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (CSJN, *Fallos*: 319:3148; 321:441; 322: 1349, entre otros) y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad es inconciliable (CSJN, *arg. Fallos*: 322:842 y 919).

A lo dicho debe agregarse que “la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa” (CSJN, “*Mill de Pereyra*”, *Fallos*: 324:3219, considerando 10 y su cita, énfasis agregado).

Opino que por las razones que preceden, estos extremos no se configuran en autos, por lo que debe rechazarse el planteo constitucional por el que se corriera vista. Así lo dictamino. Sírvase notificar el resultado del proceso.