

RESOLUCIÓN 130/2020

Paraná, 3 de noviembre de 2020.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- La Cámara en lo Civil y Comercial nos eleva en virtud del Art. 35 Ley 10407 la excusación de la Sra. Fiscal General en los autos: **"AGMER- AMET- ATE- UDA- C- SUPERIOR GOBIERNO DE ENTRE RIOS Y OTRO S- ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. S/ RECURSO DE QUEJA"**, la que ha sido respondida en el día de ayer, por lo que corresponde adecuar el dictamen al resolutivo de rechazo del apartamiento.-

".....V.S. nos corre traslado ante la excusación de la Sra. Fiscal General, en orden al art. 35 de la ley 10407, la que se funda en tener interés en el proceso, y en *"...preservar al organismo fiscal de eventuales reproches o censura de parcialidad, inidoneidad o inequidad, todas exigencias constitucionales..."*.-

II.- La situación es análoga a la que diera lugar a nuestra **RES. 088/2020**, del 21/8 ppdo., en los autos **"Cook, Carlos y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otra/Acción de Amparo"**, en la que no hicimos lugar al apartamiento de la Dra. Zaccagnini, ante la Norma de competencia propia del rol del MPF, que en su art. 35 de la Ley 10407 citada lo supedita a que se de una situación de *"grave afectación del principio de objetividad"*.-

Con mayor razón que en aquel caso en que se trataba de Magistrados y Funcionarios jubilados, es inaudible la excusación invocando "un interés" que no se fundamenta, desde que, como es sabido, el principio de imparcialidad es sustancial al rol del

Juez, en cambio el de Objetividad, es el propio de los integrantes del MPF dada su condición de representantes de la comunidad, sea en la acción penal, sea en el rol de custodio de la legalidad, -el viejo cometido institucional del "*Wachter der Gesetze*" de la Fiscalía de Berlín de Von Savigny.-

La Ley 10.407 no solo es ley posterior y específica sino que complementa a la 8369 al establecer un *standard* de gravedad para la posibilidad de recusación o excusación que afecte a este deber sustancial de objetividad, que no se ve rozado siquiera por "*eventuales reproches*", dado que tal carga o incumbencia es propia de quien asume el deber positivo institucional de la Magistratura.-

III.- Lo dicho es suficiente para concluir que en el caso, la Sra. Fiscal General no ha justificado mínimamente cual sería el grave motivo de afectación a su deber funcional que existiría en la tacha de inconstitucionalidad de la Ley 10.806, por lo que corresponde rechazar su inhibición.-

IV.- De todos modos, teniendo presente la evidente gravedad institucional que se da en esta causa, similar a otros casos análogos, y donde nos hemos pronunciado enfáticamente por la no afectación a Derechos Fundamentales, (confr. nuestro dictamen reciente en "**ROMBOLA ELIDA BEATRIZ C/ SUPERIOR GOBIERNO DE ENTRE RIOS Y C.J.P.E.R. S/ACCION DE AMPARO**". PG 41577.), lleva a que decidamos el avocamiento para intervenir en la presente, lo que fundamos a continuación, art. 17 y conctes. Ley 10407 cit..-

Es que con relación a la tramitación claramente irregular en estos autos, es que hemos dictaminado a favor del avocamiento del Superior Tribunal de Justicia, (confr. nuestro dictamen in re "**FISCAL DE ESTADO DE LA PROVINCIA DR. JULIO RODRIGUEZ SIGNES S/ PRESENTACIÓN**", del 15/9 ppdo. que se halla a despacho del Tribunal).-

Consideramos allí que se daba una situación de Gravedad Institucional que cabía en el remedio excepcional previsto en el art.67 bis del Código Procesal Administrativo (incorporación realizada por ley 10052), e interpretativamente en la potestad Constitucional del art.205 inc. a), (confr. STJ in re **"ROVELLA CARRANZA S.A. c/MUNICIPALIDAD DE VILLAGUAY s/ACCION MERAMENTE DECLARATIVA s/AVOCACION DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA"**).-

Decíamos allí que la situación que denuncian tanto Fiscalía de Estado como la Caja de Jubilaciones, -idénticas a las que argumentan en sendas Quejas por apelación denegada aquí-, significan que toda la argumentación del "a quo" está dirigida a la concesión de la cautelar, inaudita parte, privándola arbitraria y sesgadamente de remedio impugnatorio, con exceso de facultades por sus efectos casi de "Class action", con cita de fallos de la Corte Nacional, -que nada tienen de aplicable al *sub examine*-, e ignorando el examen contundente que sobre la constitucionalidad de la ley de Emergencia hizo el STJ en **"Rombola"**, (confr. igualmente nuestros dictámenes de idéntico sentido contrario a la inconstitucionalidad, a saber: **"COOK, CARLOS Y OTROS C/SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS Y OTRA S/ACCION DE AMPARO"**; idem **"PABON EZPELETA CARLOS ALBERTO Y OTROS C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRA S/ ACCION DE AMPARO"**, ídem **"ACUÑA, Mirta Elizabet C/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos y Superior Gobierno de Entre Ríos S/ ACCION DE AMPARO"**; idem **"VERGARA HECTOR RAUL C/ CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS y SUPERIOR GOBIERNO DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO"**).-

En estos traíamos a colación la relativa analogía -por la

globalidad inédita de la actual crisis viral-, en el antecedente local de la ley 8918 que fuera convalidada por la CSJN al determinar que la quita no constituye una merma sustancial, afirmando así su constitucionalidad. (cfr. **"BIELER VDA. DE CARABALLO Y OTROS c/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS Y CJPER s/ AMPARO**; Fallos 323:4205); como asimismo en los casos de Magistrados en pasividad, -que tienen la particularidad de la garantía de intangibilidad del art.195 Const. Pcial. y su reflejo en el retiro-, en casos como **"CAMINOA, Venus c/ Superior Gobierno de la de la Provincia de E.R. y Caja de Jubilaciones y Pens. Prov. de E.R. – ACCIÓN DE AMPARO"** del 27/9/95, en la cual se cuestionaba la legitimidad del Decreto N° 2844/95 que establecía una disminución del 13% de los haberes de los pasivos provinciales, en sintonía con la CSJN en los precedentes **"Chiara Díaz.."** y **"Alvarez..."** , entre otros)

En realidad, la doctrina de la emergencia emanada de la CSJN ha sido clara e invariable a lo largo de los años convalidándola a través de reiterados fallos sobre el tema que ha emitido, como así también respecto a la facultad de reducir haberes jubilatorios por tiempo determinado y en el marco de una situación institucional grave. (**"BIELER..."**; **"PERALTA"** y también V.E. en **"PAUPIE, PATRICIA LILIANA Y OTROS C/ ESTADO PROVINCIAL S/ ACCIÓN DE EJECUCIÓN"**, 19/04/2002).

Con aplicación de las tesis de la ponderación de Alexy, o de la incompatibilidad discursiva de Habermas o de la Proporcioanlidad de Aaron Barak, concluíamos en que pese a tratarse de un colectivo de personas que merece tutela preferencial en el ordenamiento jurídico, atento a sus aportes en su vida laborativa, la merma en los haberes denunciada se decide en el marco de una declaración de emergencia económica, financiera, fiscal, sanitaria, administrativa, y previsional, con efectos generales, y con vigencia

temporal, en el contexto de inédita pandemia en que nos hallamos, por lo que la inconstitucionalidad alegada no surge con la nitidez y evidencia necesarias para declararla, cuanto menos en el marco de este proceso, de conocimiento sumario.

Incluso traíamos en auxilio del origen etimológico de la palabra "*discriminación*", que se traduce en el acto de habla "*discriminar*", del latín "*cribare*", el cual, del sentido originario de "*separar*" o "*distinguir*", ha derivado por influencias sociológicas del inglés "*to discriminate*" al sentido moral de diferenciar o marginar por motivos injustos, vgr. raciales, de género, políticos, etc., para concluir que en el "*balancing ponderativo de rango de rendimiento de los mandatos de optimización*", no surge que la ley que trata la emergencia aludida caiga en el vicio aludido, sea en que solo se exija a este sector, o que en su entidad signifique una confiscación interdicta por nuestra Norma Fundamental, sino que todo el contenido material del esfuerzo solidario pretende evitar a los sectores sociales menos favorecidos.-

V.- Aludíamos a estos fallos y nuestra opinión sobre el rechazo enfático a la inconstitucionalidad del art.6º de la ley 10806, para que surja nítido que el párrafo, -tres renglones-, donde el Sr. Magistrado *a quo* se refiere al mismo resultan groseramente desacertados.- Alega allí que éste "*...no resulta vinculante..*", "*...pues se agota en la inadmisibilidad de la vía procesal del amparo. Es decir, no se expide sobre el fondo sino sobre la viabilidad de expedirse sobre la constitucionalidad de una norma puntual....*"

El desacople conceptual y la incongruencia argumental resultan sorprendentes y muy significativas.- Es obvio que en la independencia judicial el Magistrado puede resolver el fondo del tema planteado, vgr. inconstitucionalidad de la Norma aludida, con los parámetros de la ius decisión legítima, que por naturaleza es imparcial y sin obediencia vinculante, sino controlable en la revisión

por las Alzadas.-

Pero aquí se trataba de algo absolutamente diferente y por ello resulta falso lo afirmado por el "a quo".- La mera lectura de las partes del precedentes "**Rombola**" desmienten que éste hubiese sido un caso de inadmisibilidad por razones formales, sin entrar al fondo, vgr. plazo de caducidad etc..-

Ocurre que este mentís generaba la obligación del Magistrado de ponderar la verosimilitud del derecho reclamado teniendo en miras no solo la gravedad de que se tratase de una ley de emergencia, -no de un pagaré presentado por un deudor insolvente-, sino que V.E. había decidido que no era dicha Norma afectatoria de Derechos Fundamentales.-

Es evidente que el Magistrado ha caído en una falacia frecuente en el razonamiento judicial, -que asemeja a la dupla conceptual "*contexto de descubrimiento/contexto de justificación*", habitual de epistemología, en el sentido que tener primero la percepción de lo que ha de decidir y luego buscar los argumentos para fundarlo, lo que lleva a soluciones autocontradictorias o erróneas.-

Así es falso que la Ley de Procedimientos Constitucionales no contemple lo atinente a medidas cautelares.- Magüer que no se trata aquí de un "caso de urgencia", en el Amparo Ambiental , art.73 según ley 10704, se prevé dichas medidas, "*...previo traslado por cinco (5) días...*".-

Si el Magistrado a quo entendía que ello no era aplicable, entonces debió argumentar y motivar por qué razón no, cuando se trata del mismo cuerpo normativo, -Ley de Procedimientos Constitucionales.-

Ahora bien, si no obstante decidía que era aplicable la normativa civil, -para así permitir su despacho inaudita parte, lo que en la vaguedad y multivocidad de las palabras nos recuerda a "lo

inaudito" como insólito-, no podía nunca privar al Sr. Representante legal del Estado entrerriano a impugnarla, pues al hacerlo así, es decir tomando partes de diferentes cuerpos normativos le da el carácter de definitividad que precisamente el art.55 LPC trae como requisito de recurribilidad.-

Pero con solo revisar los precedentes vernáculos de acciones de Inconstitucionalidad, art.56 LPC, se verá que es usual que los planteos de cautelares se decidan previo traslado al Representante legal del Estado y al Ministerio Público Fiscal, en su clásica función de "custodio de la legalidad" (el *Wachter des Gesetze* de la vieja Fiscalía de Berlín de Von Savigny), (confr. por todos, **ARRALDE JUAN CARLOS C/ ESTADO PROVINCIAL S/ MEDIDA CAUTELAR**", 19/5/14).-

Ahora bien, además de estos aspectos de notorio desacierto y autocontradicción del resolutivo en crisis, el Sr. Juez actuante decide a la 'cautelar innovativa con un alcance exorbitante "...a la totalidad de los trabajadores de la educación pasivos, pasivos de la administración pública provincial y municipal...", es decir un alcance que excede a los litigantes para configura una especie sui generis de acción de clase no prevista y que colide con lo resuelto por V.E. en "**Rombolá**" , y por el fallo de Instancia en "**Vergara**" , pues ambos actores están comprendidos en la decisión cautelar.-

VI.-En suma, surge indubitable la ausencia de verosimilitud del derecho o peligro en la demora, que habilitara el despacho de la cautelar interesada por la actora en los autos "AGMER-AMET-ATE-UDA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTROS S/ ACCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD", toda vez que se trata del producto del legislador dentro de sus potestades constitucionales, -al menos *prima facie* , avalado por el contexto de justificación de los fallos aludidos, -en especial el concreto y específico "**Rombolá**" .-

Pero si aun así el Magistrado entendía procedente la medida, debía por razones normativas y de raigambre Institucional resolverla previo traslado partivo y al MPF como control de legitimidad, -tal como es usual en casos análogos-, y en su caso, reconocer la impugnabilidad de la medida.-

Ha de reparar V.E. que nuestro dictamen aludido es del 15/9 ppdo., y en razón de la cantidad de excusaciones acaecidas, recién se halla en condiciones de ser resuelto, mas allá de que lo que argumentaremos seguidamente quizás alongué mas el *sub examine*, (confr. nuestro dictamen en "**RIGONI MARIA DEL CARMEN C / ESTADO PROVINCIAL Y OTRO - ORDINARIO- S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**" , y el fallo de rechazo del Tribunal Civil y Comercial, Sa. II, 4/12/17).-

VII.- Es que adunando los desaciertos dogmáticos aludidos *supra* el Sr. Magistrado actuante luego de despachar la cautelar,-casi definitiva por la inapelabilidad criticada -, lo que presumía prima facie su competencia, decidió correr vista a esos fines al MPF.-

La Sra. Fiscal Dra. Ramos Muzzio, en coincidencia con nuestra opinión dictaminó que de acuerdo al art. 51 inc. b) de la LPC, -texto ley 10704- , en cuanto reza que la acción se deducirá "*ante los Jueces o Tribunales de Primera Instancia **que por materia corresponda...***", se debía concluir en la prevalencia "*ratione materiae*" del fuero Contencioso Administrativo ya que es obvio que no se trata de conflictos del ámbito privado, parecer también esgrimido en autos "**CEBALLOS MARIA DEL CARMEN C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRA S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**" N°20972 y "**LAMBERT SUSANA GRACIELA C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRA S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**" N° 30668, en donde los Juzgados en lo Civil y Comercial N° 3 y 5 respectivamente,

declinaron su competencia material.-

Es decir, más allá que en el caso las partes no han planteado la cuestión, esta rige *ope iuris* lo que no hace más que agravar la inseguridad jurídica del caso.-"

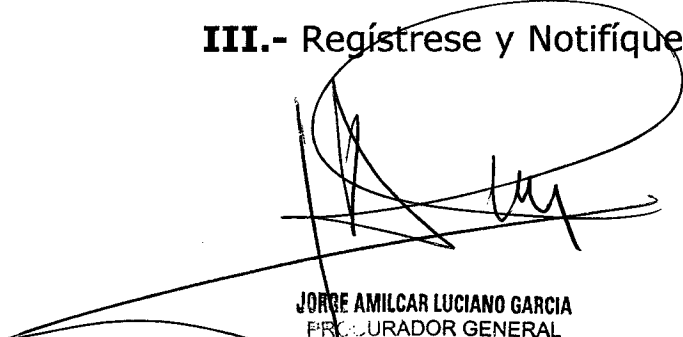
Por lo expuesto

SE RESUELVE:

I.- Rechazar el apartamiento de la Sra.Fiscal General, Art. 35 Ley 10407.-

II.- Notifíquese a la interesada y a todos los integrantes del MPF sirviendo la presente como Instrucción General para casos análogos.-

III.- Regístrese y Notifíquese.-



JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA
PROCURADOR GENERAL
PROVINCIA DE ENTRE RIOS