



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Expte. N° 13.232/16 "Della Mora, Richard c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad".

TRIBUNAL SUPERIOR:


I.- Objeto

Vienen las presentes actuaciones en virtud de la vista conferida a esta Fiscalía General para que se expida sobre la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por el Sr. Richard Della Mora, conforme lo dispuesto a fs. 64, punto 3.

II.- Antecedentes y delimitación de las cuestiones a analizar

Surge de las constancias del expediente que a fs. 52/61 vta. se presenta el Sr. Richard Della Mora, incoando una acción declarativa –en los términos del art. 113, inc. 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 17 de la Ley N° 402– para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Resolución N° 215/14 del Ministerio de Modernización del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), y de los Anexos y Formularios que forman parte de la misma (cfr. fs. 52), mediante la cual se aprobó el procedimiento administrativo electrónico que debe seguirse para las cesantías de personal comprendidas en el artículo 48 inciso b) de la Ley N° 471 (art. 2), y los formularios para llevar adelante dicho procedimiento (art. 3).

Sostiene que dichas normas contrarían el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho a no autoincriminarse, consagrados en el art. 18 de la Constitución Nacional, 14 inc. 1 punto g) del Pacto


Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 inc. 2 punto g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cfr. fs. 55 in fine).

III.- Admisibilidad formal de la acción

Para determinar la admisibilidad de la acción corresponde analizar si los requisitos que la habilitan se encuentran reunidos. A tales efectos, y de conformidad con los arts. 113 inc. 2° de la CCABA y 19 de la Ley N°402, trataré las siguientes cuestiones:

- a) Identificación de la persona que demanda, domicilio real y especial fijado para el caso;
- b) Alcance general y vigencia de las normas cuestionadas;
- c) Identificación precisa de las normas cuestionadas y los fundamentos que motivan la pretensión;

a) Identificación de la persona que demanda, domicilio real y especial fijado para el caso. La acción fue promovida por el Sr. Richard Della Mora, como abogado en causa propia, con domicilio real y constituido en la ciudad (cfr. fs. 51/52). En consecuencia, se encuentran reunidos los requisitos establecidos en los arts. 18 y 19, inc. a) de la Ley N°402.

b) Alcance general y vigencia de las normas cuestionadas. De la presentación del actor (cfr. fs. 52/61 vta.), surge que éste persigue la declaración de inconstitucionalidad –en abstracto- de los artículos 2 y 3 de la Resolución N° 215-MMGC-14 del GCBA, y de los Anexos y Formularios que forman parte de la misma. Sin perjuicio de que entiendo que se trata de normas de alcance general, en la medida en que determinan el procedimiento aplicable a los agentes de la administración que se encuentren incurso en la causal prevista en el artículo 48 inciso b) de la Ley N° 471, lo cierto es que el actor no desarrolla ningún fundamento



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

tendiente a dar razones de porqué dichas normas tendrían tal carácter (cfr. fs. 61 in fine).

c) *Identificación precisa de las normas cuestionadas y los fundamentos que motivan la pretensión.* En este punto, estimo que la pieza procesal en análisis no contiene una identificación precisa de la norma que se cuestiona y adolece de defectos de fundamentación.

1) Respecto a lo primero, se afirma en la acción que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Resolución N° 215-MMGC-2014 (cfr. fs. 52, punto titulado "hechos").

Tal como se subrayó en el acápite anterior, el art. 2 aprueba el procedimiento administrativo electrónico que debe observarse en los casos de cesantías de personal comprendidas en el art. 48 inciso b) de la Ley N° 471 (a saber, supuestos de inasistencias injustificadas que exceden los 15 días en el lapso de los 12 meses inmediatos anteriores) y, por su parte, el artículo 3 aprueba los formularios para llevar adelante tal procedimiento, todo ello en el marco de la decisión de tramitar este tipo de procesos por expedientes electrónicos (cfr. art. 1).

Sin embargo, de la lectura de la fundamentación dada en sustento de la pretensión, se advierte que la misma está dirigida únicamente a cuestionar el art. 3 que aprueba los modelos de formularios y edicto. En efecto, el actor no da argumentos para cuestionar el Anexo I aprobado por el art. 2 de la misma, que –según entiende– "faculta" al agente a presentar el descargo que prevé el procedimiento, pero no lo "obliga" (cfr. fs. 52 vta. in fine), sino que todo su esfuerzo argumental está dirigido a sostener la invalidez de los modelos de formularios y edicto aprobados por el art. 3 de la resolución citada, tal como surge de fs. 53 párrafo 1°, 53 vta. párrafos 3° y 5°, y 54 vta. párrafo 1°.

Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

En consecuencia, al no esgrimirse argumentos destinados a sostener la inconstitucionalidad del art. 2 de la Resolución N° 215-MMGC-2014, no hay precisión respecto a las normas cuya inconstitucionalidad se propugna.

A su vez, teniendo en cuenta los formularios que aprueba el art. 3 de la Resolución N° 215-MMGC-2014 (cfr. fs. 45/50), se advierte que no todos contienen la obligación –según sostiene el presentante- de formular el “descargo” que apunta como contrario a ciertos preceptos constitucionales, lo cual tampoco ha sido meritudo en la presentación.

2) Por otro lado, entiendo que la acción contiene déficits de fundamentación y no logra establecer una conexión entre la norma cuestionada y los principios constitucionales que considera afectados.

Como se indicó, el actor sostiene que los artículos 2 y 3 de la Resolución N° 215-MMGC-2014 son contrarios a los arts. 18 de la CN, 14 inc. 1 punto g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 inc. 2 punto g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cfr. fs. 55 in fine).

Puntualmente, de la fórmula contenida en los formularios aprobados por el art. 3, que indican que el agente “deberá” formular descargo una vez notificado de las inasistencias (cfr. fs. 46/50), extrae la conclusión que ello importa autoincriminarse (cfr. fs. 55, punto A) e incluso la obligación de decir verdad (cfr. fs. 56 vta./57, punto B), lo que afecta las garantías contenidas en las normas mencionadas.

Considero que ese razonamiento no resulta plausible básicamente, por las siguientes consideraciones.

i) En primer lugar cabe recordar que en el ámbito del derecho disciplinario, no se aplican los principios del derecho penal ni la estrictez propia de los principios penales que, por cierto, se flexibilizan en atención a



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

las características de la intervención disciplinaria. De allí que, en este ámbito, por ejemplo, se acepten normas que establecen tipos más o menos abiertos pues existe la necesidad de una razonable discrecionalidad tanto en la graduación como en el carácter abierto de los tipos que describen las conductas ilícitas (TSN - Expte. N° 9135/12 "Amado, Arturo Alberto. Escribano Pión, Jaquelina E.", considerando N° 3, 27/11/2012, entre otros).

En esta acción, debe subrayarse que el actor no brinda argumentos que expliquen por qué ciertas garantías previstas para procesos penales serían directamente aplicables a un procedimiento como el que nos ocupa. En efecto, todo su razonamiento da por sentado ese extremo, pues parte de la base que dichas garantías *deben* aplicarse al supuesto contemplado en el artículo 48 inciso b) de la Ley N° 471. Nótese que en varios párrafos de la presentación se refiere al agente como "imputado" (cfr. fs. 54, 55 vta., 56).

ii) Por otra parte, y vinculado estrechamente con lo anterior, cabe consignar que la Ley N° 471 regula el régimen laboral de la administración pública, en el marco del cual se establecen los derechos y las obligaciones de los trabajadores. Entre éstos últimos se encuentra el deber de asistir a prestar el servicio (cfr. art. 10 inc. a). Como consecuencia natural de ello, aquel que no asista injustificadamente podrá ser pasible de las sanciones (cfr. art. 47 y 48 de la ley). Frente a ello, es claro que el agente ha de tener la posibilidad de informar por qué razón no ha podido asistir y, en su caso, la administración podrá evaluarlas para determinar si corresponde o no imponer una sanción y, en su caso, de qué tipo.

Se advierte entonces que no nos encontramos ante un proceso donde el imputado es inocente hasta que se demuestre lo contrario, como podría ser el proceso penal o incluso el contravencional, sino uno de tipo administrativo en el marco de una relación de empleo público.


Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

En estas condiciones, no se puede transformar el deber de asistir a prestar el servicio y el derecho de la administración a que el mismo se preste en las circunstancias que determina la ley, en una imputación de tipo penal.

Por tanto, todo el andamiaje argumental de la acción se sustenta en un razonamiento incorrecto.

iii) Por otra parte, entiendo que un argumento que pregona la inconstitucionalidad de un procedimiento que prevé que el agente que se encontrare incurso en la causal del art. 48 inc. b) de la Ley N° 471 se presente a formular su descargo viola el derecho de defensa, debería hacerse cargo de fundar –a contrario sensu-, por qué razón un sistema que *no* previera tal posibilidad sería más respetuoso del derecho que aquí se considera afectado.

Es que, a mi juicio, un sistema que prevé tal descargo reafirma el derecho de defensa que aquí se pretende afectado.

iv) Finalmente, el resto de los argumentos (identificados como puntos C, D y E) no se hacen cargo de lo dispuesto en los artículos 48 y 51 de la Ley N° 471 e importan el confronte de la resolución en cuestión con la Ley de Procedimientos Administrativos (cfr. fs. 57/59), materia ajena a la acción declarativa de inconstitucionalidad (cfr. art. 113 inc. 2 de la CCABA y 17 de la Ley N° 402).

3) Por todo lo expuesto, los planteos formulados evidencian afirmaciones que no logran conectar con precisión la resolución que se impugna con los derechos que se afirma entrarían en colisión -debido proceso y derecho de defensa-.

En tal sentido, cabe recordar que la exigencia de exponer fundamentos en sostén de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe ser observada por quien la insta con mayor intensidad que en



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

aquellas presentaciones que involucran la competencia asignada al TSJ por el art. 113 inc. 3 de la CCABA.

Ello en tanto la parte actora, al escoger la primera de las vías de impugnación constitucional mencionadas, obra en interés de la ley, lo que implica que el vigor con que esta acción es esgrimida resulta vital para que un debate, organizado con formato judicial, rinda sus mejores frutos o, mejor aún, no arroje resultados no queridos, exigencia que no queda satisfecha si los argumentos sobre los que pretende apoyar la impugnación no se hacen cargo, al menos, de las objeciones que previsiblemente puedan aducirse para respaldar la compatibilidad o coherencia de las normas cuestionadas con los preceptos de la Constitución local y nacional que se aducen vulnerados (cfr. TSJ, Expte. N° 11563/14 "Asociación Inmobiliaria de Edificios de Renta y Horizontal", 15/4/2015, considerando 2, párrafo 2°, del voto del Dr. Lozano).

Por las razones expuestas, estimo debe rechazarse la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por el Sr. Richard Della Mora.

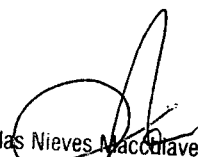
Se suscribe el presente de conformidad con la delegación establecida en el art. 6° de la Resolución FG N° 214/2015.

Fiscalía General, 2 de mayo de 2016.

DICTAMEN FG N° 314 -ADI/16.


Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

Seguidamente se remitieron las actuaciones al TSJ. Conste.



M. de las Nieves Macchiavelli
Secretaria General
Secretaria Judicial
Fiscalia General - C.A.B.A.