

UN FRENO AL EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER

Dr. Jorge Luis MAIORANO (*)

El fallo de la CSJN en autos "*Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración*" del 03 de marzo último ofrece una singular riqueza conceptual que excede el tema origen de la controversia. Es que se han aunado varias circunstancias para calificar de valiosa esta decisión: por un lado, el tema de la aplicación de astreintes al Estado que constituye la razón inmediata de estas reflexiones; por otra parte, ese pronunciamiento se dictó pocos días antes que se declarara mundialmente la pandemia por la OMS el 11 de marzo y en nuestro País cambiará el escenario individual y social desde el 20 del mismo mes con un final que todavía desconocemos; esta última referencia no es accidental ya que cada uno de nosotros ha sentido y siente cómo el Poder público, más específicamente, la Administración Pública (en adelante AP) ha cambiado nuestras vidas.

Destacó que el fallo, en una clara expresión docente, aborda temas tan trascendentes como la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, sus límites, las reglas para la interpretación de la ley, la distinción entre sanciones pecuniarias disuasivas y las astreintes analizando la interpretación del artículo 1º de la ley 26.944; aunque no lo exprese puntualmente flota en el fallo el señero principio de tutela judicial efectiva.

La AP es la principal gestora de la calidad de vida de una comunidad. Aquí encontramos el punto de vinculación entre el fallo y la AP ya que, fundamentalmente, es a quien van destinadas las astreintes y quien trata de eludirlas invocando el artículo 1º de la ley 26.944.

Me referiré en primer lugar a la importancia de la AP en la vida individual y social. Se ha dicho que el Derecho Administrativo ha nacido de una conjunción casi mágica. En mis clases de Derecho Administrativo enseñé que son dos los presupuestos que determinaron el nacimiento de esta disciplina: la división de poderes y el Estado de Derecho, uno, presupuesto político; el otro, presupuesto jurídico. Sin esta conjunción no hubiera nacido el derecho administrativo. Con un perfil liberal y tutelar nació en Francia perfilándose de manera acentuada en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de la persona.

Por eso nadie puede negar que hoy esta disciplina sea un derecho de garantía. Pero aquellos presupuestos también son condicionantes ya que, si no hay división de poderes, se perfila un Estado Policía y si no hay Estado de Derecho no hay derechos individuales ni colectivos, ni responsabilidad estatal. Esto último es la negación de un sistema jurídico garantista.

La AP es el complejo orgánico y funcional más condicionado normativamente: tanto el Órgano Judicial como el Órgano Legislativo sólo están subordinados a la norma máxima, la Constitución y los Tratados Internacionales;

en cambio la AP está sujeta a la Constitución, a los Tratados Internacionales, a las Leyes y a los propios reglamentos administrativos que constituyen la fuente cuantitativamente más importante del derecho administrativo; es una actividad caracterizada por la sumisión al bloque de legalidad y por su función activadora de la Constitución.

Una verdadera paradoja: es el complejo orgánico más sumiso y, a la vez, el más activo y con mayor protagonismo cotidiano del cual depende la calidad de vida de toda sociedad moderna. Esa tarea permanente se enfrenta ante los nuevos retos y desafíos que suponen marcarle un territorio al poder, esforzarse porque la AP transite por la autopista del Derecho y no utilice caminos alternativos o colectoras los cuales lo llevan por senderos de ilegalidad, arbitrariedad e irresponsabilidad. El maestro García de Enterría dijo hace casi 60 años que la lucha contra las inmunidades del poder es siempre una tarea permanente para los juristas; el objetivo último es que el ejercicio del poder esté presidido (*yo agregaría condicionado*) por el Derecho y no que el Derecho sea la justificación del poder, pues si el Derecho se convierte en la envoltura del poder, estamos ante el gran fracaso del Derecho (1)

Ante esta situación de emergencia que vive toda la Humanidad, el principal vector del poder público está representado por la AP. Desde hace meses sentimos que ella limita nuestros derechos más esenciales (trabajar, transitar, ejercer el comercio, circular) cuando en realidad siempre estuvo pero nunca como ahora lo hemos sentido en la nuca; siempre nos ha condicionado, obligado, limitado en el ejercicio de nuestros derechos y libertades; siempre estuvo pero nunca tan cerca nuestro: regularmente siempre nos limita, condiciona, prohíbe, nos cuida, nos protege; nos obliga a la VTV, la vacunación, controla la circulación automotor, aérea, ferroviaria, marítima, fluvial, brinda salud, obliga a pagar impuestos, impide el tránsito o el estacionamiento, entre otras situaciones que nos ponen en contacto cotidiano con la AP. Mientras el Poder Legislativo adopta las decisiones normativas generales, abstractas e impersonales, el Poder Judicial, en cambio, declara el derecho, resuelve controversias y en particular la CSJN tiene la noble función de verificar si los demás órganos de poder han transitado por la autopista de la legalidad o han cortado camino por la arbitrariedad. La CSJN es el Guardián último de las decisiones que adopta el Poder Ejecutivo y demás instancias de la Administración Pública.

En el caso *“Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración”* luego de la decisión del juez de grado, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Córdoba confirmó el rechazo del recurso presentado por el Estado Nacional-Ministerio de Defensa (AP) quien pretendía invocar el artículo 1º de la ley 26.944; declaró además la inconstitucionalidad de dicho artículo el cual prevé: *“Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”*. La declaración de inconstitucionalidad la fundamentó en que el incumplimiento de una sentencia constituía un desconocimiento de la división de

poderes lo cual resulta inadmisibles en un Estado de Derecho con el consecuente grave deterioro constitucional de la democracia.

La CSJN apartándose del criterio del Tribunal citado y manteniendo su tradicional doctrina, recuerda que la declaración de inconstitucionalidad representa una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental pues siempre debe estarse a la validez de las normas. (2)

Acerca de la interpretación si el artículo 1º in fine de la ley de Responsabilidad del Estado comprende a las sanciones conminatorias o astreintes impuestas por los jueces en ejercicio de sus funciones, resuelve que la citada mención sólo exime al Estado, sus funcionarios y agentes de la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas guardando silencio en cuanto a las astreintes o sanciones conminatorias.

Del examen del debate parlamentario (miembro informante del proyecto, exposición del asesor del Ministerio de Justicia) y de la literalidad del texto, concluye que el artículo 1º in fine en modo alguno cercena la posibilidad de imponer sanciones conminatorias a los jueces.

Ahora cabe analizar las cuestiones que suscitan esas sanciones conminatorias llamadas astreintes. En principio debo recordar a quien fue uno mis maestros y jurado de mi tesis doctoral en la Universidad del Salvador aquel 06 de diciembre de 1986, el Dr. José Canasi quien expresara que *“la astreinte constituye un instrumento para lograr el respeto del Poder Judicial, no sólo entre particulares, sino por causa de otro poder cuando no colabora a la realización efectiva de la justicia. La Administración Pública debe funcionar bajo Constitución y ley, y que, dentro de otro orden de ideas, la coacción jurisdiccional judicial gravita por igual sobre las dos partes en el proceso, y sin distinción de que una de ellas sea el propio Estado nacional, provincial, municipal o instituciones descentralizadas administrativamente “(3)*

De origen francés y raíz netamente civilista, las astreintes han sido conceptualizadas como las condenas pecuniarias impuestas por los jueces a fin de presionar sobre la voluntad de quien resiste el cumplimiento de una orden judicial, cuyo importe se fija sobre la base del caudal económico del obligado y como consecuencia del retardo en el cumplimiento de un mandato judicial. Constituyen un mecanismo conminatorio y sancionatorio, cuyo objetivo primordial no es otro que vencer la resistencia injustificada que opone el obligado a un deber impuesto por una sentencia o decisión judicial, dirigiendo una especie de coacción psicológica al sujeto obligado, quien a partir de la concreta amenaza de sanción pecuniaria estará en condiciones de advertir que cumplir lo decidido judicialmente podría acarrear más beneficios que perjuicios.

La interpretación que invocaba la AP de la parte final del artículo 1º de la Ley N° 26.944 se apartaba de la voluntad legislativa cercenando ilegítimamente el ejercicio de una valiosa herramienta que tienen los jueces para doblegar la resistencia de los funcionarios públicos en el cumplimiento de las órdenes judiciales, como son las astreintes.

Falsamente que no podían aplicarse al Estado y sus funcionarios sanciones pecuniarias disuasivas cuando en realidad el artículo 1º de la ley 26.944 se refiere al daño punitivo. Si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma positiva alguna que defina el término “*sanción pecuniaria disuasiva*”, se ha entendido que se trata de la figura de los daños punitivos propia del derecho anglosajón que ha sido contemplada en el régimen de consumo del artículo 52 bis de la ley 24.240, conforme la reforma de la ley 26.631; representan una función sancionatoria de la responsabilidad civil que se aplica en los supuestos de casos graves para castigar o eventualmente, disuadir a quien ocasiona el daño.

Por el contrario, las astreintes cuestionan, en el ámbito de un proceso judicial a quien es reticente a cumplir sentencias judiciales conforme las normas procesales vigentes; en particular el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé que “*Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establezca. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder*”.

La CSJN ya se había pronunciado antes de la sanción de la ley 26.994 y de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación sobre la aplicación de astreintes a los funcionarios públicos directamente responsables de la inejecución de las órdenes judiciales impartidas. En una ocasión el Máximo Tribunal resolvió que el incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en las diferentes etapas y objetivos determinados en la sentencia importaría la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de la Cuenca. (4)

La jurisprudencia de Tribunales inferiores ya se había pronunciado desde el año 2017 en el mismo sentido que lo hace ahora la CSJN; por ejemplo la Cámara Contencioso Administrativo Federal decidió en varias ocasiones que “*la ley 26.944... en ningún momento habla de sanciones conminatorias o astreintes, instituto contenido en normas procesales y de fondo (v. art. 37 del C.P.C.C.N.; art. 804 del Código Civil y Comercial –que remite al Código Procesal en el que se consagran astreintes), atento que regula la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas (conf. art. 1º, primer párrafo)*”.(5)

Es que la potestad que tienen los magistrados de hacer cumplir sus resoluciones restableciendo en el caso concreto los derechos violados y haciendo efectivas sus resoluciones, importa una herramienta que el Estado de Derecho concede a los jueces, de origen exclusivamente constitucional y, por lo tanto, no se encuentra sujeta a condicionamiento legal o normativo de ningún tipo.

Ante ese esclarecedor fallo de la CSJN, la AP no podrá alegar más la última parte del artículo 1º de la ley de responsabilidad del Estado para eludir las astreintes; bienvenida entonces esta decisión del Máximo Tribunal de la República que pone fin a una práctica viciosa de los funcionarios públicos y que reivindica, hoy más que nunca, la potestad jurisdiccional de quienes tienen la noble y delicada misión de controlar el ejercicio abusivo del poder.

(*) Defensor del Pueblo de la Nación (M.C)

Ex Ministro de Justicia de la Nación

Profesor Emérito (USAL)

Profesor Titular de Derecho Administrativo (grado y posgrado) USAL-UB

Profesor de Posgrado (UBA)

Bibliografía:

1.- **García de Enterría, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo.*, RAP, 38,159-205, 1962.**

2.- **Fallos: 14:425; 147:286; 300:1029; 305:1304.**

3.- **Canasi, José “*Sanciones Conminatorias contra el Estado*” L.L. 152, pág. 302.**

4- **Fallos 331:1622, “*Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*”, 8/7/2008.**

5.- **CCAFederal, Sala II “*Maldonado, Daniel Eduardo c/ EN Mº de Seguridad. PFA*” 17/909/2019 La misma Sala en autos “*Faimberg, Claudia Andrea c/ EN M Justicia*” 28/02/2019; la Sala IV en autos “*Vacca, Luis c/ EN – M. Interior y otros/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*”. 28/11/2017.**