000063/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Alberto Velázquez y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“U., F. c/ M. de C. de G. de la P. del Ch. P. K. s/ Amparo” (Expte. 63 - Año 2009)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 149.----------

---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso: ----------

----I.- De los tres procesos de amparo cuya acumulación en una única causa fuera dispuesta, la sentencia de primera instancia declaró cuestión abstracta la planteada en el tramitara en el expediente del Juzgado n° 1.970/08 -decisión consentida por las partes- e hizo lugar a los dos restantes (exptes. nros. 1.968/08 y 1.969/08) ordenando librar mandamiento de ejecución contra el Señor Ministro de Coordinación de Gabinete de la Provincia para que en el plazo de diez días suministrara al actor la información que le requiriera éste mediante las notas de fs. 3 y 39, esto es sobre los pagos en concepto de publicidad oficial, con todos los detalles de las operaciones a que respondían, realizados por el Poder Ejecutivo desde enero de 2008 hasta el 28 de noviembre de ese año y numerosos datos acerca del Programa Microenprendimiento Proveedores del Estado (MIPROE).- ----------

----Tal fallo fue apelado por el demandado, quien al fundar su recurso sostuvo en apretada síntesis que: ----------

------ 1) El sentenciante omitió expedirse acerca de la falta de cumplimiento en el subexamen de los requisitos de admisibilidad de este tipo de amparos que él planteara en los respondes a las demandas, en concreto la no demostración de la imposibilidad de acudir a los vías procesales ordinarias, la no acreditación de la urgencia en obtener la tutela judicial inmediata y la ausencia de demostración de un daño grave que debiera evitarse por la vía elegida.- ----------

------ 2) Si bien el art. 1 del dec. 486/93, reglamentario de la Ley de Libre Acceso a las Fuentes Oficiales de Información n° 3.764, designó autoridad de aplicación de esa normativa legal a la Secretaría General de la Gobernación, con funciones en enlace entre los distintos Ministerios, Secretarías, entes descentralizados y autárquicos, y poniendo a su cargo el deber de facilitar el acceso a la información, el tal decreto carece de ultra actividad. Sus preceptos reglamentarios han quedado derogados por el art. 31 de la nueva Ley de Ministerios n° 5.074, que así lo dispuso respecto de “toda norma que se oponga a la presente”. Como esta última ley no ha impuesto a funcionario alguno la específica obligación de facilitar el acceso a las fuentes de información y el cargo de Secretario General ha desaparecido, con él se desvaneció también la

obligación que la disposición reglamentaria ponía en cabeza de éste. En la actualidad, de acuerdo al texto del art. 3 de la ley 3.764, esa obligación pesa sobre todo funcionario público respecto de la documentación y antecedentes que estén bajo su jurisdicción y/o tramitación, es decir sobre cada uno en su área. En el caso, la documentación fuente de la información no obra en poder del Ministerio de Coordinación de Gabinete, sino de la Secretaría de Trabajo en relación al requerimiento al que se refiere el expte. n° 1.969/08 y del Registro de Publicidad Oficial respecto del que motivara el expte. n° 1.968/08.- ----------

------ 3) El derecho reconocido a los habitantes por la ley 3.764 es a tener libre acceso a la información y no a que ella le sea suministrada con una remisión, una entrega del soporte físico de los datos requeridos.- ----------

----II.- Hemos de abordar en primer término el tópico de la legitimación pasiva, que el recurrente planteara como segunda sus impugnaciones.----------

----Es que, tanto en el análisis preliminar del art. 7 de la ley 4.572, cuanto -y “a fortiori”- en el momento de la decisión final, sea de oficio, sea por habérselo planteado el demandado como excepción, el “a quo” debe verificar la admisibilidad del amparo, esto es la concurrencia no sólo de los requisitos formales, sino también las presupuestos básicos, insoslayables, de fundabilidad de la pretensión. Tal análisis debe comprender necesariamente el de la legitimación, ya que si el juez advierte la inexistencia de ella debe repeler la pretensión. Se trata en ese caso de un supuesto de improponibilidad *subjetiva* de la demanda, que autoriza, inclusive, el rechazo liminar de acuerdo al art. 337 C.P.C.C. (confr.: Arazi, “La legitimación como elemento de la acción”, en la obra conjunta coordinada por Morello “La legitimación”, Abeledo - Perrot 1996, pág. 33, cap. VI; esta alzada, c. 22.308 S.I.C. 127/07).- ----------

----Coincido con el recurrente en que el marco jurídico de la cuestión experimentó una decisiva variante con la sanción de la nueva Ley de Ministerios n°5.074, cuyo art. 31 derogó expresamente “toda norma que se oponga a la presente”. Con ello cayeron los arts. 1 y 2 del dec. 486/93, reglamentario de la ley 3.764, que ponía sobre los hombros de la entonces Secretaría General de la Gobernación, “que tendrá las funciones de enlace entre los distintos Ministerios, Secretarías, entes descentralizados y entidades autárquicas de la Administración Pública Provincial”, el deber de facilitar el acceso a la información. Bien describió el Señor Juez de la anterior instancia el esquema organizativo por el que optó la en su día el Poder Ejecutivo en materia de acceso a las fuentes de información: designar una autoridad de aplicación y encomendarle una función de enlace entre organismos, de modo que los requerimientos de información fueran presentados ante ella y los demás organismos le hicieran llegar los elementos que habrían de ser exhibidos ante el habitante de la provincia requeriente.----------

----Mas ese régimen caducó con la ley 5.074, que no sólo suprimió la Secretaría General de la Gobernación, sino que a la par no encomendó a funcionario alguno la antedicha función. Cobró plena operatividad así en esta esfera, que el dec. 486/93

acotaba y menoscababa, el art. 3 de la ley 3.764 de acuerdo al cual “todo funcionario público... deberá facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran y que estén bajo jurisdicción y/o tramitación” . Ya no hay -para bien o para mal, pero ese es el régimen vigente de “lege lata”- funciones de enlace ni una única autoridad de aplicación, sino que sobre cada funcionario en su área, todos y cada uno, pesa el mencionado deber.----------

----No empecé a ello el que se le haya asignado al Ministerio de Coordinación de Gabinete funciones “en todo otro asunto que no tenga dependencia de todo otro Ministerio” (art. 8, párr. 1° de la ley 5.074), porque en cuestiones de acceso a las fuentes de información las atribuye el art. 3 de la ley 3.764 no a Ministerios, sino a funcionarios individuales. No será cómodo para buena cantidad de funcionarios, ni quizás adecuado para la prestación de los servicios y cumplimiento de las actividades de cada uno de ellos, que pueden llegar a verse entorpecidos por alguna miríada de requerimientos de acceso a la información, pero esa es la ley vigente y, como en diversas ocasiones hemos señalado, no compete al juez juzgar la bondad de la leyes, ni remediar las imperfecciones que en ellas le parezca detectar (confr.: C.S.N., Fallos 306:937, 312:1484).----------

----Pues bien, a partir de este básico concepto hemos de analizar los dos casos aún debatidos en el subexamen, que exhiben diferencias entre sí.----------

----En relación al requerimiento de información sobre el desenvolvimiento del Programa Microenprendimiento Proveedores del Estado (MIPROE), que diera lugar a la promoción del expte. n° 1.969/08 del juzgado de origen, tratándose de un plan de empleo social y capacitación laboral, su gestión se halla a cargo de la Secretaría de Trabajo según lo determina el art. 22 bis de la ley 5.074, incorporado a ésta por el art. 2 de la ley 5.681. Es pues el funcionario a cargo de ese organismo quien se encuentra en poder de los documentos y antecedentes fuentes de la información procurada por el actor. A aquél debió entonces el ultimo dirigir su requerimiento y, eventualmente, demandarlo por la vía indicada en el art. 7 de la ley 3.764. En este supuesto, ha faltado legitimación pasiva para traer a juicio al Señor Ministro de Coordinación de Gabinete de la Provincia y ello determina que corresponda desestimar la acción a su respecto.--------

----Distinta es la situación del requerimiento que motivara la deducción del amparo tramitado en el expte. n° 1.968/08. Allí lo solicitud versó sobre gastos realizados por el Poder Ejecutivo en el curso del año 2008 en concepto de publicidad oficial. El art. 14 de la ley 3.764, modificado por el art. 1 de la ley 4.801, creó el Sistema Registral de la Publicidad Oficial, integrado, entre otros, por el Registro de Publicidad Oficial, disponiendo que la reglamentación determinaría la dependencia del Poder Ejecutivo a cargo de tal registro (inc. “c” del art. cit.). Y, efectivamente, el art. 8 del dec. 486/93 estableció que dependería de la Dirección General de Información Pública de la Secretaría General de la Gobernación. Cesada dicha Secretaría General de la Gobernación con la vigencia de la ley 5.074, el art. 8 inc. 15 de ella atribuyó la función

de administración de la publicidad de todos los organismos dependientes del Poder Ejecutivo al Ministerio de Coordinación de Gabinete, en cuya Subsecretaría de Información Pública quedó incluido el mencionado Registro de Publicidad Oficial. Efectuar el requerimiento al Ministro del área fue pues correcto y el se encuentra por tanto pasivamente legitimado en el proceso incoado.- ----------

----III.- No concuerdo con el apelante en punto a la pretensa omisión del Señor Juez “a quo” en analizar los recaudos de admisibilidad del amparo relativos a la demostración de un daño actual o inminente a los derechos del actor, así como de la inexistencia de otra vía eficaz dentro de los procesos ordinarios.- ----------

----Cierto es que son esos requisitos insoslayables en el amparo genérico reglado por la ley 4.572 (arts. 3, 4 y concs.), dado el carácter de remedio excepcional que el mismo tiene, como acertadamente lo indicó la Sala “B” de esta Cámara en c. 22.944 S.I.C. 163/08 con los votos mayoritarios de los Dres. López Mesa y De Cunto -un error se deslizó en la cita del recurrente, que atribuyó el precedente a esta Sala “A”-, pero debe advertirse que el previsto en el art. 7 de la ley 3.764 presenta algunas características diferenciales. Para el supuesto de denegatoria de acceso a las fuentes de información el legislador remitió directamente al afectado a la vía del amparo y del mandamiento de ejecución (arts. 54 y 58 Const. Prov.); no se trata entonces de una vía excepcional para cuyo ingreso es menester demostrar la ineficacia de las ordinarias, sino que es la específica establecida por la ley, a la que el interesado tiene paso franco inmediato a poco que concurran los presupuestos de legitimación activa y pasiva y su presentación satisfaga los extremos formales. Lo propio acontece con la individualización del daño actual o inminente a sus derechos; si al requirente del acceso a las fuentes de información no le es necesario siquiera indicar las razones de su petición (art. 2 de la ley 3.764), mal cabría exigirle que patentizara el daño que le devendría de la denegatoria. Es evidente que el legislador optó por aliviar de requisitos esta especie del género amparo en cuanto lo consagró en protección de un derecho del habitante estratégico para el pleno desenvolvimiento del régimen democrático.- ----------

----IV.- Discrepo con el juzgador de la anterior instancia en cuanto al alcance que dio a la condena. Cual correctamente señalara el apelante, el art. 3 de la ley 3.764 impone al funcionario público responsable del área el “facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran” y no el dar la información pedida mediante un soporte material, escrito o informático. Se trata de permitir la lectura de dicha documentación y antecedentes, a lo sumo admitir que el interesado extraiga copias de ellos -lo demuestra incluso el art. 4 del dec. 486/93 al prever un servicio de fotocopiado arancelado, con costas a cargo del requirente-, y no de que el funcionario haya de emitir un documento informativo.- ----------

----V.- Por las razones que sucintamente vengo de exponer, considero que la sentencia impugnada debe ser parcialmente revocada, a fin de: a) desestimar la acción de amparo incoada a fs. 55/58 por don F. U. contra el Señor Ministro de Coordinación de

Gabinete de la Provincia, C.P.N. P. K., en relación al requerimiento de información obrante a fs. 39; b) modificar el punto II de la parte resolutiva de fs. 118/vta., disponiendo que el mandamiento de ejecución a librarse tenga por objeto que el Señor Ministro facilite al actor el acceso a la documentación y antecedentes vinculados con el requerimiento anejado a fs. 3.----------

----De ser compartida mi posición, habremos de adecuar a la nueva decisión la condena en costas y los honorarios regulados en el previo grado para el expte. n° 1.969/08. Las primeras deberán ser impuestas al actor vencido (art. 17 de la ley 4.572) y los honorarios de los Dres. E. A. K. y P. M. C., vista la extensión, calidad y resultado de sus labores en la mentada causa, propongo fijarlos en las sumas respectivas de $ 750 y de $ 500 (arts. 6, 36 del dec.-ley 2.200).- ----------

----En cuanto a las costas de segunda instancia, visto el vencimiento parcial producido -el demandado triunfa respecto del amparo del expte. n° 1069/08 y es vencido en relación al tramitado en el expte. n° 1.968/08-, entiendo que deben ser impuestas en el orden causado (arts. 16 y17 de la ley 4.572 y 71 C.P.C.C.).----------

----Atendiendo a las ya indicadas pautas del arancel y a la consagrada en el art. 14 del dec.-ley cit., propongo regular los honorarios del Dr. E. A. K., por sus tareas de alzada relativas a los dos amparos a que se refirieran los agravios expresados, en la suma de $ 380.- ----------

----Consecuentemente, me expido en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo:----------

--- Que en la instancia inferior han tramitado tres amparos, que han sido sentenciados como si fueran uno solo, merced a la providencia de acumulación de fs. 108.----------

--- Que en el decisorio de grado, obrante en autos a fs. 109/118vta., el a quo declaró abstracta la cuestión planteada en el expediente N° 1.970/08, acogiendo la pretensión tramitada en los expedientes Nº 1.968/08 y 1.969/08 y ordenando, a consecuencia de tal acogimiento, el libramiento de mandamiento de ejecución contra el Señor Ministro Coordinador de Gabinete provincial a efectos de que, en el plazo de diez días, suministrara al actor la información que le requiriera éste mediante las notas de fs. 3 y 39. En cuanto a las costas se impusieron por su orden en la pretensión declarada abstracta y al Sr. Ministro Coordinador en los dos restantes procesos, regulándose los honorarios de los dos profesionales intervinientes –Dres. P. M. C. y E. A. K.- en la suma de pesos seiscientos para cada uno de ellos, en el amparo declarado abstracto y asignándose la suma de pesos setecientos cincuenta para cada uno de los mismos por los amparos que se declararon procedentes.----------

--- Que a fs. 141/146 el demandado apela dicho decisorio, sosteniendo en abono de su recurso los siguientes argumentos:----------

------ a) Aduce que el juez de instancia omitió expedirse acerca de la falta de

cumplimiento en este caso de los presupuestos de admisibilidad de este tipo de amparos que él planteara en las respectivas contestaciones de demanda, específicamente, varios de los recaudos que según dice –aunque con ligeros errores de cita- he establecido yo en un voto de mi autoría en el fallo de la causa “S., E. s/ Acción de amparo”, (Expte, 22944). Dichos recaudos incumplidos son, en su criterio, la falta de demostración de la imposibilidad de acudir a los vías procesales ordinarias, la no acreditación de la urgencia en obtener la tutela judicial inmediata y la ausencia de demostración de un daño grave que debiera evitarse por la vía elegida.---------- b) Afirma que si bien el art. 1 del dec. 486/93 designó autoridad de aplicación de la Ley provincial N° 3.764 -de Acceso a las Fuentes Oficiales de Información- a la Secretaría General de la Gobernación, con funciones en enlace entre los distintos Ministerios, Secretarías, entes descentralizados y autárquicos, y puso a su cargo el deber de facilitar el acceso a la información, tal decreto carece de ultra actividad.---------- c) Expresa que los preceptos reglamentarios del Dec. 486/93 fueron derogados por el art. 31 de la Ley de Ministerios n° 5.074, que dispuso derogar "toda norma que se oponga a la presente". Y que, como esta última ley no ha impuesto a funcionario alguno la específica obligación de facilitar el acceso a las fuentes de información y el cargo de Secretario General ha desaparecido, con él se desvaneció también la obligación que la disposición reglamentaria ponía en cabeza de éste.----------
------ d) Apontoca que en la actualidad, de acuerdo al texto del art. 3 de la ley 3.764 la obligación -que antes se hallaba en cabeza del Secretario General- pesa sobre todo funcionario público respecto de la documentación y antecedentes que estén bajo su jurisdicción y/o tramitación, es decir sobre cada uno en su área.----------
------ e) Aduce que en el caso que nos ocupa, la documentación fuente de la información no se encuentra en poder del Ministerio de Coordinación de Gabinete, sino de la Secretaría de Trabajo en relación al requerimiento al que se refiere el expte. n° 1.969/08 y del Registro de Publicidad Oficial respecto del que motivara el expte. n° 1.968/08.----------
------ f) Dice luego que el derecho reconocido a los habitantes por la ley 3.764 es a tener libre acceso a la información, en vez de a que ella le sea suministrada con una remisión, una entrega del soporte físico de los datos requeridos.----------
--- Que la declaración de abstracción dispuesta en el punto I del fallo obrante a fs. 118 no ha sido objeto de cuestionamiento por ninguna de las partes, motivo por el cual esa cuestión ha quedado sustraída al conocimiento revisor de esta alzada.----------
--- Que ingresando al abordaje de las cuestiones traídas por la recurrente a revisión de esta Sala encuentro que metodológicamente resulta conveniente analizar en primer término la temática que el apelante introdujera en su memorial como segundo agravio.--
--- Siempre he pensado que los jueces tienen el deber de verificar de oficio en cada caso la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad de las acciones que se someten a su juzgamiento. La realidad demuestra que muchas veces no lo hacen, pero

es un deber inexcusable de los magistrados, que no pueden permitir que las litis se desenvuelvan cual si fueran juegos de rango, en que las partes pudieran alegremente saltar sobre valladares trascendentes sin consecuencia alguna. ----------

--- En esta línea expresa MONTERO AROCA y colaboradores que “la primera actuación del juzgado, aparte de la meramente administrativa de registro, va a consistir en decidir sobre la admisibilidad de la demanda... El control de oficio por el tribunal puede recaer sobre requisitos y presupuestos procesales, y hay que distinguir entre defectos insubsanables y defectos subsanables: … Insubsanables: Existen supuestos que han de llevar a la inadmisión de la demanda sin posibilidad de subsanación, como es el caso de la falta de capacidad de las partes” (MONTERO AROCA, Juan - GÓMEZ COLOMER, Juan Luis - MONTÓN REDONDO, Alberto - BARONA VILAR, Silvia, “Derecho jurisdiccional II, Proceso Civil”, 10ª edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 190/192).----------

--- Es así que los jueces tienen –tenemos- el deber de indagar, previo a expedirnos sobre la materialidad de lo reclamado en una causa, el derecho-deber de analizar si en ella se encuentran reunidos los presupuestos de habilitación de esta instancia o presupuestos procesales. ----------

--- La teoría de los presupuestos procesales nació en el año 1868 y fue expuesta por Von Bülow en su libro “Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen” (cfr. VON BULOW, Oscar, “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, Buenos Aires, EJEA, 1,964, traducción castellana). En este libro se enseña que los presupuestos procesales son los supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal.----------

--- El maestro FAIRÉN GUILLÉN expresa que “Son "presupuestos procesales", los necesarios que deben concurrir en cada proceso —a través de su concurrencia en cada acto procesal— para que éste pueda terminar con una resolución que ponga fin al litigio de fondo; esto es, sin que, por alguna falta o defecto que se produzca o aparezca en el proceso en el procedimiento, como es natural, corno "forma" que es del proceso— el juez deba detenerse a subsanarla y mientras ello no ocurra, no pueda entrar a examinar y resolver sobre el litigio de fondo” (FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Teoría general del derecho procesal”, Edic. de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1992, p. 339).----------

--- Y agrega luego FAIRÉN GUILLÉN que “…los "presupuestos procesales", se refieren a la "admisibilidad" del proceso, fijándose, naturalmente, en la expresión de la misma a través de sus actos. En general, se considera que son presupuestos procesales, con respecto al juez o tribunal, que lo sea que tenga jurisdicción, que tenga competencia; con respecto a las partes, que tengan capacidad para ser tales; capacidad procesal; si su comparecencia en juicio se produce por legitimación "derivativa", no originaria sino adquirida de otro, que la tengan; que en sus casos, comparezcan por medio de procurador y con defensa de letrado; con respecto a las mismas actuaciones

procesales, que se produzcan según "la forma" que prevén las leyes” (FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Teoría general del derecho procesal”, cit, p. 340).----------

--- Tengo para mí que los presupuestos procesales son, esencialmente, presupuestos de validez: los requisitos indispensables para que pueda constituirse o nacer una relación procesal válida. No son presupuestos de existencia: el proceso puede nacer igual sin ellos, claro que adolecería de un vicio de invalidez. De tal suerte, los presupuestos procesales son los requisitos o condiciones que deben concurrir a fin de que en una litis pueda dictarse un pronunciamiento válido, sea favorable o desfavorable. Los presupuestos procesales son, así, elementos condicionantes del ejercicio que el juez pueda hacer de su poder–deber de proveer sobre el mérito de la pretensión.---------

--- Atinadamente MONTERO AROCA admite que los presupuestos procesales atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso pueda llegar a dictarse una resolución sobre el fondo del asunto. El órgano judicial puede haber tramitado todo el proceso para advertir, en el momento de dictar sentencia, que en ésta no puede decidir sobre la pretensión planteada ante la falta de alguna de esas condiciones (MONTERO AROCA, Juan, “La Legitimación en el Proceso Civil: Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él", Editorial Civitas, S.A., 1ª edición, Madrid, 1,994, pp. 23 y ss.).----------

--- Este último es el caso que se presenta aquí: se ha tramitado todo un proceso para advertir, en el momento de dictar sentencia, que en ésta no puede decidirse sobre la pretensión planteada ante la falta de un presupuesto procesal esencial e insubsanable: la legitimación pasiva.----------

--- Es que, lo relativo a la legitimación –tanto activa como pasiva- no es una cuestión que pueda quedar en manos de las partes ni deferido exclusivamente a las alegaciones que ellas puedan hacer o no hacer, sino que es el juez quien tiene el deber insoslayable de velar, antes de pronunciarse sobre el fondo del reclamo, porque la legitimación tanto activa como pasiva se encuentre debidamente determinada y presente en la litis. ---------

--- FAIRÉN GUILLÉN, en un gran libro suyo ha sostenido que “Es problema fundamental aquí, el del tratamiento de los presupuestos procesales; esto es, si su concurrencia debe examinarse de oficio por el juez o tribunal, o puede dejarse que sean las partes las que, en su actividad descubran, en su caso, su falta... En materia civil, la tendencia moderna es la de entender que corresponde a los jueces y tribunales el velar por la existencia de los presupuestos procesales, no solamente en beneficio de las partes, sino en el de la economía procesal, que interesa en todo caso a toda la comunidad social (a la que no interesa un desperdicio de energías, llevando hasta su final procesos en que falten presupuestos procesales, para, tras tales esfuerzos.., llegar a la conclusión de que por tal efecto, no se puede poner fin al litigio); lo cual no tiene nada que ver con ideologías políticas autoritarias (Alcalá-Zamora Castillo); es el

"modelo procesal asimétrico" (Giuliani)"(FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Teoría general del derecho procesal", cit, p. 141).----------

--- El juez debe entonces, en general -con o sin norma que lo establezca a mérito del principio de economía procesal-, indagar acerca de los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, antes de pronunciarse sobre el mérito de la causa.----------

--- El antedicho análisis involucra -antes que nada- la determinación de si existe legitimación activa y pasiva en la causa, pues sin la concurrencia de ambas el juez no puede fallar válidamente una litis. La carencia de legitimación, sea activa o pasiva, lleva necesariamente al rechazo de la acción, pues así como no se puede acoger la pretensión de quien no está legitimado activamente, menos aún se puede condenar a quien no lo está pasivamente.----------

--- Para decirlo en palabras llanas, la legitimación es como una moneda, que debe mostrar dos caras claras y perfectas, no siendo una moneda en caso contrario. Una litis que no muestre perfectamente establecida la legitimación activa y pasiva –esto es, las dos caras de la moneda- no es una litis es una confusión o algo peor, un dispendio. Y resulta inadmisible admitir que las litis se conviertan en confusiones o diálogos de sordos.----------

--- De tal modo, la carencia de legitimación en cualquiera de sus facetas configura técnicamente un caso de improponibilidad subjetiva de la demanda que, no sólo autoriza sino que obliga al juez al rechazo de la pretensión.----------

--- Llevando estos conceptos al plano de los hechos de esta causa, surge de inmediato a la consideración de este juez que el art. 7 de la Ley provincial de amparo (Nro. 4572) dispone que "*Recibida la demanda, el juez examinará su admisibilidad preliminar bajo los requisitos previstos en los artículos precedentes* …", con lo que el análisis preliminar de admisiblidad de oficio –que es sostenible en toda causa, aún sin texto expreso que lo disponga- se transforma en esta litis en imperativo e indudable, justamente ante la existencia de una manda legal clara e incontrovertible.----------

--- A tenor de ello, el juez de grado debió verificar el cumplimiento en el caso de los requisitos de admisibilidad del amparo, tanto en lo tocante a los requisitos formales como sustantivos, con o sin alegación de parte. De haberlo hecho, hubiera llegado a la conclusión de que en uno de los amparos de autos no existía legitimación pasiva en cabeza del demandado, lo que debió haberlo persuadido de la inadmisibilidad del reclamo tramitado en dicho proceso.----------

--- Es que los conceptos de legitimación y acción están indisolublemente unidos. Sin acción no hay legitimación y sin ésta no existe acción viable, pues la pretensión no se concreta en cabeza de nadie habilitado para motorizarla o llevarla adelante. "La acción es el poder jurídico de dar vida (porre in essere) a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. La acción es un poder que corresponde frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley…. Corresponde a la misión del juez cuando es solicitado por una demanda judicial comprobar si en efecto

resulta probada la existencia de una voluntad de ley favorable al actor y el interés en obrar. Faltando estas condiciones el juez debe desestimar la demanda, aún sin particular instancia del demandado…" (CHIOVENDA, José, "Principios de Derecho Procesal Civil", trad. española de 3ª edición italiana, Tomo I, Edit. Reus, Madrid, 1922, pp. 180/183).----------

--- Me explicaré. Certeramente postula el apelante que el marco normativo en que la cuestión sub lite se enmarca ha cambiado con la sanción de la nueva Ley de Ministerios Nº 5.074, que eliminó la Secretaría General de la Gobernación, sin asignar a ningún funcionario esa función.----------

--- Ello así, borrados los efectos de la asignación competencial dispuesta por el Dec. 486/93, por imperio del art. 3 de la ley 3.764, "*todo funcionario público...deberá facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran y que estén bajo jurisdicción y/o tramitación*".----------

--- Derogados los arts. 1, 2 y 4 del Dec. 486/93 por imperio del art. 31 de la nueva Ley de Ministerios, no existe ya en el ámbito provincial una única autoridad de aplicación de la Ley 3764, sino que sobre cada funcionario pesa el deber que ella establece, limitado a lo atinente al área de su competencia y a los datos y registros que tiene en custodia.--

--- Es decir que, por imperio de la nueva ley de ministerios, ya no existe una única autoridad de aplicación de la Ley 3764 y, correlativamente, tampoco existe ya un legitimado pasivo único y omnicomprensivo de todas las obligaciones del Estado provincial de brindar acceso a la información pública.----------

--- En suma, a tenor de la Ley vigente actualmente en la Provincia en lo atinente a la asignación de competencias ministeriales, y de funcionarios inferiores a ese rango, el marco organizativo que tuvo en mira el a quo al dictar su sentencia no tiene efectividad y, como tal, fallar sobre su base implicaría asignarle efectos ultraactivos. No necesito remarcar que en el derecho argentino la ultraactividad de una norma requiere de una disposición legal específica que así lo disponga, la que por mi parte no he encontrado ni ha sido siquiera mencionada en esta litis.----------

--- La ultraactividad de una norma no puede disponerse judicialmente. El juez no puede crear ultraactividades, por cuanto o el legislador las establece o el caso choca contra el sistema general de vigencia de las normas en el tiempo (art. 3 primera parte del Código Civil), que dispone que "*A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes*" (cfr. Art. 3 C.C. primera parte).----------

--- Dictada una norma que estableció una nueva estructura ministerial y desaparecido el órgano antes legitimado pasivamente, se vuelve a la estructura de la Ley 3764 y, entonces, **sobre cada funcionario pesa el deber que ella establece, limitado a lo atinente al área de su competencia y a los datos y registros que tiene en custodia**.----------

--- No resulta óbice u obstáculo para esta interpretación, que el art. 8, párr. 1° de la ley

5.074 asigne al Ministerio de Coordinación de Gabinete funciones "*en todo otro asunto que no tenga dependencia de todo otro Ministerio*". Ello por dos motivos: 1) se trata de una norma general, que no desplaza la manda especial y específica del art. 3 de la ley 3764; y 2) el art. 3 de la ley 3.764 en cuestiones de acceso a las fuentes de información legitima pasivamente no a Ministerios, sino a funcionarios individuales.----------

--- Y si bien es cierto que el sistema puede resultar criticable en cuanto a la dispersión que provoca en cuanto a la legitimación, lo cierto es que se trata de una decisión legislativa que aparece prima facie como regular y que no se han patentizado agravios constitucionales a su respecto. Antes bien el actor ha esgrimido la norma en apoyo de su pretensión sin alegar a su respecto vicio sustancial alguno.----------

--- Por otra parte es un principio inconcuso de interpretación que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (CSJN, 2/12/93, “Segovia, Miguel y otros”, publicado en JA 1996-IV-sint. y en LÓPEZ MESA, Marcelo J. y colaboradoras, “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, T. I, p. 26).----------

--- Ello aclarado, debe distinguirse la situación de las dos causas que vienen en revisión a esta instancia y determinar como impactan en ellas las precisiones anteriores.----------

--- En cuanto al requerimiento de información sobre el desenvolvimiento del Programa Microemprendimiento Proveedores del Estado (MIPROE), que diera impulso al expte. N° 1.969/08, la gestión de este Programa se encuentra a cargo de la Secretaría de Trabajo, conforme lo establece la propia ley 5.074 –en su art. 22 bis-, que fuera incorporado a ésta por conducto del art. 2 de la ley 5.681.----------

--- De tal modo, es el funcionario titular de esa Secretaría, quien tiene en su poder los documentos y fuentes de la información procurada por el actor, siendo también el que debió ser requerido para brindar acceso a la misma y, en caso de negativa injustificada, es el legitimado pasivo para ser demandado judicialmente por la vía indicada en el art. 7 de la ley 3.764.----------

--- Ello así, en esta causa, carece el demandado de legitimación pasiva para ser traído a la litis y ello provoca que deba desestimarse la acción respecto del Señor Ministro de Coordinación de Gabinete de la Provincia, quien como se apreciara carece de legitimación pasiva en el expte. N° 1.969/08, lo que así corresponde declarar en esta instancia.----------

--- En cambio, diversa es la suerte del restante amparo, que tramita por la vía del expte. N° 1.968/08, en el que el requerimiento radica en la indagación de gastos realizados por el Poder Ejecutivo en el curso del año 2008 en concepto de publicidad oficial.----------

--- Es dable advertir a su respecto que el art. 14 de la ley 3.764, según modificación introducida por el art. 1 de la ley 4.801, dio nacimiento al Sistema Registral de la Publicidad Oficial, integrado, entre otros, por el Registro de Publicidad Oficial. Dicha norma estableció que sería la reglamentación que se hiciera de ella la que determinaría

qué dependencia del Poder Ejecutivo tendría a su cargo tal registro (inc. "c" del art. 14 de la Ley 3764, modificado por Ley 4.801).----------

--- El art. 8 inc. 15 de la ley 5.074 atribuye la función de administración de la publicidad de todos los organismos dependientes del Poder Ejecutivo al Ministerio de Coordinación de Gabinete, en cuya Subsecretaría de Información Pública quedó incluido el mencionado Registro de Publicidad Oficial. En este caso, la realización del requerimiento al Ministro del área fue correcto y es él quien se encuentra legitimado pasivamente en el expte. N° 1.968/08.----------

--- En cuanto a la afirmación del recurrente sobre la presunta omisión por parte del juez de origen de analizar los recaudos de admisibilidad del amparo relativos a la demostración de un daño actual o inminente a los derechos del actor, así como de la inexistencia de otra vía eficaz dentro de los procesos ordinarios, si bien se trata de presupuestos de admisibilidad del amparo genérico, como correctamente afirma el apelante, no son los mismos esgrimibles en este caso.----------

--- Sostengo lo que dijera al votar –como Juez subrogante de la Sala B de este Cuerpo la causa “S., E. s/ Acción de amparo” (Expte. N° 22.944, sentencia del 3 de Setiembre de 2008) y claramente los requisitos allí mencionados son presupuestos procesales de admisibilidad de los amparos, regidos por la ley 4572. El inconveniente para la admisión de estas alegaciones radica en que no se trata el que aquí analizamos de un amparo genérico, sino de uno específico, regido por una normativa especial (art. 7 de la ley 3.764), que introduce algunas características diferenciales en la temática amparista en casos como éste.----------

--- Es del caso señalar que en el supuesto de rechazo de la petición de acceso a las fuentes de información el legislador de la Ley 3764 remitió directamente al afectado a la vía del amparo y del mandamiento de ejecución (arts. 54 y 58 Const. Prov.); ello así, no se requiere en este caso particular la demostración de la ineficacia de las vías ordinarias, puesto que el legislador ha indicado cuál es la vía por la que transitara en sede judicial la petición denegada extrajudicialmente, íter que el interesado tiene franqueado, cuando concurran –como en este caso- los presupuestos de legitimación activa y pasiva y su reclamación cumpla con los recaudos rituales. La demostración de la inidoneidad de otras vías procesales se requiere cuando hay varias de ellas igualmente disponibles, pero en este caso tenemos una de ellas señalada con caracteres indelebles por el legislador como la vía idónea para tutelar este derecho.------

--- Tampoco se requiere en este caso la indicación del daño actual o inminente a sus derechos; también aquí el legislador de la Ley 3764 apartó este amparo de las previsiones genéricas, al determinar que a quien solicita el acceso a las fuentes de información no le es exigible que indique las razones de su petición (art. 2 de la ley 3.764). Si esto es así, cómo podría exigírsele en sede judicial que demuestre un daño que llevaría las exigencias de su pretensión mucho más lejos de lo legalmente establecido.----------

--- En suma, el legislador de la Ley 3764, acertado o no, amenguó la carga procesal del amparista en este particular tipo de amparo, al consagrar una legitimación activa amplísima y una aminoración de requisitos formales muy tangible. No se requiere de grandes dotes para advertir que esa decisión debe haber obedecido a una ponderación muy elevada hecha por el legislador del bien protegido por esa norma. No cabe entonces aplicar a este caso las cortapisas que sí serían aplicables a los amparos genéricos, conforme ese viera en estos últimos párrafos.----------

--- Es decir que este último amparo prospera, porque están reunidas las condiciones y requisitos para ello. Pero, debo decir que no concuerdo con el alcance que el juez de grado diera a la condena pronunciada en autos, dado que ha ido más allá con su mandamiento de lo que autoriza la legislación vigente.----------

--- Agudamente ha indicado el recurrente que el art. 3 de la ley 3.764 obliga al funcionario público responsable del área a "*facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran*". En ningún segmento de esa norma se le obliga al funcionario a informar ni, menos aún, a “suministrar al actor la información oportunamente requerida” –cual es la exigencia que surge de la sentencia.-

--- He dicho en un voto mío en sentencia de esta Sala (cfr. sentencia del 21/10/08, in re “B., M. P. c/ M. D. T. s/ Ordinario” (Expte. Nº 22.813 - año: 2008) que debía recordarse un dato obvio: a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. De tal suerte, sin mandato legal incumplido no existe obligación …, pues la supuesta obligación carecería de causa. De tal modo indicar qué norma jurídica impone el pago a que se condenara al accionado era requisito de validez de la sentencia de grado. No constando tales normas, ni existiendo ellas en este caso, la sentencia deviene arbitraria por crear ex nihilo un deber jurídico u obligación a cargo de la demandada de autos, que no se corresponde con la legislación vigente (LÓPEZ MESA, Marcelo J. – PASARIN, Carolina A., “El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil” (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil).----------

--- Y agregué allí que las consecuencias de no advertir las implicancias que el art. 19 de la Constitución tiene en este caso son graves, porque permitiendo que los jueces “creen” deberes jurídicos se hace tabla rasa con los derechos constitucionales de los condenados … en supuestos no previstos legalmente, a quienes se les inventan o conjeturan deberes jurídicos, al correr de la sola voluntad del juez (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado”, en “Suplemento especial de Responsabilidad Civil”, año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106).----------

--- Dije luego que parecía extraño pero nadie se ha puesto a pensar que una sentencia

que impone a una persona una obligación no surgida de la ley no se sustenta constitucionalmente, no difiriendo en nada de un mero despojo. Parece que no se ha reflexionado detenidamente sobre que los jueces no pueden crear deberes jurídicos no surgidos de la ley. Pero la verdad se impone por sí sola, andando el tiempo; y así es innegable que:----------

----- a) una sentencia que imponga obligaciones no surgidas de la ley es nula e inconstitucional;----------

------ b) sólo el legislador puede crear deberes jurídicos; y----------

------ c) el juez a lo sumo puede extraerlos al interpretar normas legales, pero no puede ni extender éstas por interpretación analógica ni conjeturar deberes que no surjan en forma clara de la normativa, porque ello implicaría avanzar sobre los derechos constitucionales del demandado (LÓPEZ MESA, Marcelo J. – PASARIN, Carolina A., “El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”.(Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil). –----------

--- Por último indiqué que en mi “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, se leen fallos, perfectamente aplicables a este caso: 1) “La obligación que pretende hacerse recaer en un sujeto, requiere como elemento esencial la existencia de una causa o fuente, esto es, el hecho o relación jurídica que la ha originado pues, como enseña Llambías, "no es posible pensar en una obligación que exista porque sí y sin dependencia de un hecho antecedente que la haya producido".Tampoco en el mundo deÍ derecho hay generación espontánea de modo que si algo existe, esto postula la necesidad de otro algo que dé razón a la existencia del primero (Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 14/5/1995, "C., I. A. v. G., S.", LLBA 1995-720; en similar sentido, C. Nac. Com., sala A, 12/4/1985, "J., J. S. v. D. V., D. M.", JA 985-111-335, en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 561, Nros. 3 y 4).---------- Y concluí que de ello puede extraerse la lógica consecuencia que no existen fuentes obligacionales contrarias a la ley, pues en el terreno de la contradicción a la ley no existen manantiales de los que emanen derechos puros y respetables. Y, por otra parte, es claro que los jueces no pueden crear obligaciones de la nada. Como dice el viejo principio filosófico, “ex nihilo nihil” (“de la nada, nada adviene” o “la nada no puede engendrar efectos jurídicos”).----------

--- Sentado que los jueces no pueden crear obligaciones que la ley, un contrato u otra fuente regular no establezcan, el problema que plantean los conceptos que venimos desarrollando y las normas citadas, es que en autos no existía causa fuente para reconocer la obligación que la sentencia de grado puso a cargo de la demandada. Es así que, en la causa que analizo no existe norma alguna que obligara al demandado a

informar. A lo sumo podía ser condenado a facilitar el acceso a la información, pero ni suministrarla ni informar al actor son deberes jurídicos a su cargo, según la legislación vigente.----------

--- Por tanto, coincido con el Dr. Velázquez, sobre que debe modificarse la condena dispuesta en el grado, respecto del único amparo que aquí prospera, condenándose al demandado a permitir la lectura de la documentación y antecedentes sobre el tema requerido por el actor, en los términos establecidos por el art. 3, Ley 3764.----------

--- Por los fundamentos dados, comparto la propuesta del distinguido Juez de primer voto, votando por la revocación parcial de la sentencia recurrida, procediéndose al dictado del siguiente pronunciamiento:----------

------ 1) DESESTIMAR el amparo promovido a fs. 55/58 por el Sr. F. U. contra el Señor Ministro de Coordinación de Gabinete de la Provincia, C.P.N. P. K., en relación al requerimiento de información obrante a fs. 39.---------- 2) MODIFICAR el punto II de la parte resolutiva del decisorio de fs. 118/vta., ordenando que el mandamiento de ejecución a librarse tenga por objeto que el Señor Ministro facilite al actor el acceso a la documentación y antecedentes vinculados con el requerimiento glosado a fs. 3.---------- 3) READECUAR las costas y honorarios determinados en la instancia anterior al nuevo resultado del pleito, y así disponer que las costas generadas por el expte. N° 1.969/08 se impondrán al actor, que ha resultado vencido (art. 17, Ley 4.572). Los honorarios devengados en ese proceso, de conformidad a la extensión, trascendencia, calidad, mérito y resultado de sus labores, se fijan en las siguientes sumas: para el Dr. E. A. K., en la suma de pesos setecientos cincuenta ($ 750) y para el Dr. P. M. C., en la suma de pesos quinientos ($ 500) (arts. 6, 7, 36 y cctes., Ley 2.200).----------

---------- 4) IMPONER las costas de alzada en el orden causado, visto el vencimiento parcial producido en esta instancia, en la que el demandado triunfa respecto del amparo del expte. n° 1069/08 y es derrotado en el expte. n° 1.968/08 (arts. 16 y17 de la ley 4.572 y 71 C.P .C.C.).----------

---------- 5) REGULAR los honorarios de alzada correspondientes al Dr. E. A. K., en la suma de pesos trescientos ochenta ($ 380).---------- Voto por ende a la primera cuestión PARCIALMENTE EN FORMA NEGATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió:----------

----Frente al acuerdo antes alcanzado, corresponde:----------

----1) Revocar parcialmente la sentencia apelada, a fin de: a) desestimar la acción de amparo incoada a fs. 55/58 por don F. U. contra el Señor Ministro de Coordinación de Gabinete de la Provincia, C.P.N. P. K., en relación al requerimiento de información obrante a fs. 39; b) modificar el punto II de la parte resolutiva de fs. 118/vta., disponiendo que el mandamiento de ejecución a librarse tenga por objeto que el Señor

Ministro facilite al actor el acceso a la documentación y antecedentes vinculados con el requerimiento anejado a fs. 3.----------

----2) Imponer las costas de primera instancia originadas por el trámite del expte. n° 1.969/08 al actor, regulando los honorarios de los Dres. E. A. K. y P. M. C., por sus trabajo en esa causa, en las sumas respectivas de $ 750 y de $ 500.----------

----3) Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado, regulando los honorarios del Dr. E. A. K., por sus tareas de alzada relativas a los dos amparos a que se refirieran los agravios expresados, en la suma de $ 380.---------- ASÍ LO VOTO.---------- **A la SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo:----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

--- Trelew, de febrero de 2009.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- 1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, a fin de desestimar la acción de amparo incoada a fs. 55/58 por don F. U. contra el Señor Ministro de Coordinación de Gabinete de la Provincia, C.P.N. P. K., en relación al requerimiento de información obrante a fs. 39.---------- 2) MODIFICAR el punto II de la parte resolutiva de fs. 118/vta., disponiendo que el mandamiento de ejecución a librarse tenga por objeto que el Señor Ministro facilite al actor el acceso a la documentación y antecedentes vinculados con el requerimiento anejado a fs. 3.----------

----3) IMPONER las costas de primera instancia originadas por el trámite del expte. n° 1.969/08 al actor, regulando los honorarios de los Dres. E. A. K. y P. M. C., por sus trabajo en esa causa, en las sumas respectivas de $ 750 y de $ 500.----------

----4) Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado, regulando los honorarios del Dr. E. A. K., por sus tareas de alzada relativas a los dos amparos a que se refirieran los agravios expresados, en la suma de $ 380.---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDC.- Conste.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA