

## ESTADO DE DERECHO Y RECURSO DE AMPARO

Por GUERMÁN MARRACINO

Después de haber vagado durante los tres días que siguieron a la muerte de su hermano Drusila, el Emperador Calígula (en la obra teatral de Camus) vuelve a palacio. Allí cuenta a su amigo Helicón, que anduvo buscando la luna, porque el mundo —tal como está— no le parece soportable. Y que por eso mismo necesita la luna, la dicha, la inmortalidad, o cualquier cosa que no sea de este mundo. Luego añade que la muerte es la señal de una verdad muy simple y muy clara, "un poco tonta, pero difícil de descubrir": que los hombres mueren y no son felices.

Cuando Calígula sale, otro de sus amigos comenta que el emperador salía decirle que la vida no es fácil, pero que está en la religión, el arte, el amor que inspiramos. "Repetía a menudo que hacer sufrir es la única manera de equivocarse. Quería ser un hombre justo".

Regresa Calígula y con él entran los patricios y el Intendente. Este recuerda en seguida al emperador que debe arreglar algunos asuntos del Tesoro Público. Calígula ordena entonces que todos los que dispongan de fortuna deban ir a sus hijos y resten de inmediato a favor del Estado. Y explica que, de acuerdo con las necesidades, hará morir a esos personajes siguiendo el orden de una lista establecida arbitrariamente, cuyo orden también podrá modificarse de modo arbitrario. El Intendente ensaya entonces una tímida y horrorizada protesta, que es cortada en seco con estas palabras: "Escúchame bien, imbécil. Si el Tesoro tiene importancia, la vida humana no la tiene. Está claro. Todos los que piensan como tú deben admitir este razonamiento, y considerar que la vida no vale nada, ya que el dinero lo es todo. Entre tanto, yo he decidido ser lógico, y como sego poder verás lo que es costará la lógica".

De la posición que adopta Calígula pueden extraerse algunas consecuencias:

a) En el fondo de su alma, este tirano es un liberal, ya que piensa que el hombre tiene un valor infinito (así define Radbruch al liberalismo);

b) A los ojos de Calígula, su incoherencia, por el sólo hecho de suponer que los intereses del fisco son fundamentales, priva de valor a la vida humana. El, a modo de réplica, la afirma desesperadamente por el método del absurdo, llevando a sus últimas consecuencias y mostrando el resultado de los presupuestos que ve en la tibia burocracia de su vasallo.

El absurdo tiene la ventaja de todas las situaciones límites: esclarece el ser, el valor y el deber de todo aquello que aparece habitualmente encubierto por el velo de la cordialidad y la medianía. En ese sentido, el método (como al marqués de Sade y al conde de Lautréamont) es altamente pedagógico.

c) Calígula, dictador neoclásico de justicia, al fulminar al burocrata que pone al fisco por sobre la vida humana, se delata, mostrando con qué fuerza arde en él una verdad que Algún día lanzó al mundo cuarenta años antes de su reinado: que el sábado está hecho para el hombre y no a la inversa.

Las tiranías a la antigua usanza, plagadas de deméritos como estaban, tenían al menos la ventaja de una cordialidad: los súbditos sabían siempre con precisión de qué mano les llegaba el tormento o la injusticia. Los reyes pertenecían entonces al linaje de los dioses. Y el capricho divino participa de lo sagrado. Sólo quedaban, pues, la resignación o el regicidio.

En los Estados modernos las cosas ocurren de muy otro modo. La desacralización ha impuesto a los dictadores cierta dosis de pudor: a falta de un dios detrás que legitime la violencia, se sienten forzados a justificarla con la hipotética santidad de las ideologías. El vasallo de los absolutismos contemporáneos tiene entonces tres opciones: la resignación, el tiranicidio, o "descubrir" que no hay otro culpable que él mismo y cantar la palinodia.

En los Estados de Derecho, la arbitrariedad toma matices muy particulares, especialmente cuando proviene del Poder Administrador. Ahora el autor de la injusticia o el capricho suele convertirse en una especie de fantasma, que se escurre en medio de una espesa selva de decretos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones, etc., etc. De tal modo que quien padece el agravio se debate a menudo inútilmente en la red, incapaz de dar caza al espectro culpable y sin saber si el esquilamiento proviene de una mano que se guinea, o si nace, en cambio, de una aparatología que se reviste de serénicos sofismas jurídicos y en definitiva desplaza al bien y al mal humanos por la indiferente arbitrariedad del robot.

Este es el inquietante tema de las potencias oscuras, acerca del cual la polifacética agudeza de Jaspers dice cosas notanciales: "Así como el primitivo se enfrenta a los demonios, en la conciencia de que si conozco su nombre me imponed a ellos, de análogo modo se encara el hombre actual con esto insalvable que le perturba sus cálculos: sólo después de haberlo conocido —si plétema— podrá hacer que me sirva. Cosa análoga a los demonios

son las potencias anónimas de la nada en el mundo desdivinizado. Una lucha en la que se sabe con quién tiene uno que habérselas es una lucha franca. En el moderno régimen existencial, sin embargo, después de momentánea claridad, se encuentra uno en la confusión de los frentes de lucha. . . De los frentes de lucha fortuitos e involuntarios quisiera pasar el hombre a los voluntarios y auténticos. Que se disipen los frentes que se revelan como parapetos al carecer de idéntica voluntad y que se hagan visibles los verdaderos enemigos. Que se evidencie lo que se interpone como invisible, lo que nubla la claridad, paraliza la voluntad y frustra la meta: que se evidencie. Sólo cuando yo y el otro nos entendemos en la lucha, tiene ésa sentido pleno. Quiero ser consciente para ver al enemigo. Que no se quede a mi espalda para evadirse cuando me vuelvo; ha de mirarme a los ojos, hablar y responder. Pero las potencias anónimas se esconden y metamorfosean. Si parecen asílas un instante, ya no son lo que eran. En algunas formas dejan de ser un poder si no se les ofrece resistencia y se las deja, simplemente; pero ya están ahí de nuevo, inesperadas, en forma distinta. Parecen presentarse como amistosa como hostilmente, y en ambas formas lo hacen con ambigüedad. Quien alguna vez intentó algo sin condiciones, seriamente, hubo de saber de esta fantasmagoría que deshace nuestra existencia y su plan y socava el ser mismo del hombre. O ha de participar el hombre en esta fantasmagórica faena, sin saber de ella. Hay auténticos enemigos allí donde se plantea la lucha productiva entre ser y ser en la existencia. No hay enemigos allí donde lucha por la existencia el ser con el no ser. Puede ocurrir que, por la espalda, triunfe imperceptiblemente el no ser como existencia en las formas insostenibles de la sofística" <sup>1</sup>.

Ante la arbitrariedad de las potencias anónimas que toman el avataz de la maquinaria estatal, le queda al ciudadano de un Estado de Derecho otro camino, aparte de la resignación —que es una forma de la cobardía o el hastío umble bajo cualquier régimen—: *reclamar justicia de la Justicia*, pidiendo que por lo menos se desmascare al aceo si resulta imposible así a su espectral autor. Y que se desbaga el entuerto. Porque toda disposición arbitraria o injusta que el Estado sanciona o mantenga es una afrenta, una afrentación del sentimiento nacional del derecho, y por eso mismo también de la fuerza de la nación; es una culpa que frecuentemente debe pagar a elevadísimo precio" <sup>2</sup>.

En escueto fallo, la Cámara del Crimen anula las resoluciones del Jefe en este recurso de amparo. La escueta no es necesariamente un defecto, salvo cuando, como en este caso, se omite refutar muy pillosos y sólidos argumentos sostenidos por el jugador, a los que preceden otros—coincidentes y no menos agudos— del Ministerio Público.

<sup>1</sup> Karl Jaspers (*"Ambiente espiritual de nuestro tiempo"*. Labor, p. 174).

<sup>2</sup> Ihering (*"La lucha por el Derecho"*. Arctónica, p. 118).

Por otra parte, el fallo de alzada parece de seria crisis de fundamentos, ya que el único medio de su argumentación consiste en remitirse a la "aterrada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación".

En primer lugar, el acudir a la reiteración jurisprudencial para fundar sentencias se ha convertido en ocurrido lugar común entre nosotros. Y los lugares comunes tienen el mismo vicio que los slogans: poner la capa aislante de los entrocipos entre el acto de pensar y la cosa pensada. De tal modo que aquello de que se habla está ausente en el momento de decirlo. Esa misma ausencia engendra otros males: 1) No verificar si nuestros razonamientos y la citotripada referencia están mermando el mismo objeto o situación. Porque resulta evidente que de no haber tal identidad caeríamos en flagrantísimos "error in persona" al disparar los alegamos; 2) En el supuesto de que exista coincidencia, no reexaminar si las conclusiones a que se llegó antes deben seguir vigentes. De otro modo no habría modificación jurisprudencial posible y el derecho acabaría en la inmutabilidad de los bosques petrificados.

En el fallo de la Cámara, el defecto-consecuencia participa de la primera especie. Hay allí mucho de "error in persona", porque las sentencias de la Corte, a las cuales se remite, no se refieren a los mismos supuestos. Veamos:

En el caso "caso Morano", como lo puntualiza claramente el Juez, las circunstancias fueron muy diversas a las de este amparo. Como el propio Procurador General de la Nación lo señaló en aquella oportunidad, allí se había oído al Ministerio Público, pero no se requirieron informes al Poder Ejecutivo ni se le dió ninguna intervención en la causa antes de la sentencia. La Corte consideró entonces que no se habían observado los recaudos mínimos que deben acompañar a toda demanda contra el Estado. Evidentemente, el quebrantamiento de la obligación de dar al Poder Ejecutivo la oportunidad de informar acerca del caso significaba una omisión seria. Y la invalidez del fallo, su sanción justa.

En el amparo de que aquí se trata las cosas no ocurrieron así. En efecto: el Juez requirió la información del caso y el Servicio Nacional de Enseñanza Privada no solamente remitió un informe por intermedio del Jefe del organismo, sino que además envió positivamente las actuaciones, en las que figuraba un dictamen del Asesor letrado del Servicio. Más tarde el Juzgado tomó, incluso, declaración testimonial al Asesor, quien ratificó las conclusiones que había formulado antes acerca de las transgresiones reglamentarias en que incurrió el rectorado del colegio al sancionar al alumno. Por último, el mismo letrado aconsejó, en su momento, acasar el fallo "por razones de oportunidad y orden político" (un conocido lugar común administrativo).

También fueron distintas las características del "caso Agosti", ("Fallos", 248, 330), que asimismo cita la Cámara. Lo que dijo la Corte en esa ocasión es que no procede el amparo cuando una medida administrativa, tomada por

un órgano del P. E. durante la vigencia del Estado de Sitio es convalidada luego por el propio Presidente de la Nación. Cosa muy diferente de la inactividad de un organismo administrativo que deja sin reparar el error hecho por una institución privada que está sometida a su control y a la que aprehendió, precisamente, por transgredir las normas reglamentarias en ese mismo caso.

No es más aferrada que las anteriores la cita del "caso Gómez Villafañe" (Fallos, 252: 134). Y para probarlo basta con transcribir la opinión del Procurador General de la Nación, que la Corte recoge en su fallo: "Esco último (la omisión del peticionante en informar a los jueces de manera adecuada acerca de las circunstancias del caso) pone de manifiesto, una vez más, la inconveniencia de tramitar procedimientos de amparo sin otra intervención que la de aquél o aquellos que lo peticionan, con olvido de que la garantía de la defensa en juicio también juega en este tipo de causas, y exige que en alguna medida sea oída la parte contra la cual se dirige la acción". (el subrayado es mío).

También equivoca el blanco la Cámara cuando hace referencia al "caso Ortiz", resuelto por la Sala en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Federal de esta Capital. En ese fallo no se sostuvo que el Servicio Nacional de Enseñanza Privada careciese de facultades legales para representar a la Nación en juicio, sino algo muy distinto, y en lo siguiente: "No puede aceptarse a ese respecto que la notificación al señor Procurador Fiscal que actuó en la emergencia como representante del Ministerio Público, ni la orden de formarse mesa, imparcial o la Dirección General de Enseñanza basen para sujar la intervención que debió darse al P. E., de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema, y, en consecuencia, tenerlo por notificado y por perdido el derecho para apelar. El a-quo no pudo dictar resolución en esta causa sin dar posibilidad de ser oído al P. E. y por tanto ésto, al tener conocimiento de lo decidido pudo hacerse representar en el expediente y apelar de aquélla".

Como se advierte, se trata nuevamente de la exigencia de oír al P. E. antes de resolver y nada se dice sobre carencia de atribuciones del organismo administrativo para ser su vocero.

Particularizando ésto, aparecen dos cuestiones a dilucidar:

- a) ¿Basta el "Informe" de la Administración Pública, por vía de cualquiera de sus organismos, o es necesario concederle una defensa propia más amplia?
- b) ¿Tiene o no atribuciones un órgano del P. E. para representarlo en un recurso de amparo?

En cuanto a lo primero, la solución aparece muy nítida a través de los fallos mencionados. Lo indispensable es "oír" a la sociedad sindicada como

responsable del agravio a una garantía constitucional, dándole ocasión así de decir lo que tenga en su descargo.

Al ocuparse de esta cuestión, Lino Palacios dice cosas muy justas: "El Juez del amparo sólo puede admitir la producción de otras pruebas (que el "informe") en el supuesto de que el sujeto responsable negare la exactitud de los hechos o actos denunciados. En éste se ve la solución por cuanto, si la congresación es clara y manifiesta, surgirá necesariamente de las constancias de la demanda y del informe o manifestaciones del responsable, fuera de que la necesidad de prueba complementaria indicaría por sí sola que la cuestión es susceptible de mayor debate y que escapa, en consecuencia, a la razón de ser de este remedio excepcional"<sup>3</sup>.

Por cierto que en el caso Celada la transgresión del organismo administrativo se puso de relieve nitidamente, ya que —como lo sostuvo con todo acierto el Agente Fiscal, argumento que recogió el Juez en su fallo— resulta absurdo que el Estado, por medio de sus órganos sancione a quien se lleva por delante los reglamentos, por un lado, y deje en pie, con su inacción, el agravio a la garantía constitucional del perjudicado, por el otro.

El representante designado ad-hoc por el P. E. pretende sostener una postura bien distinta, donde las confusiones abundan. En primer término afirmó que el fallo del Juez era nulo, porque no comunicó la promoción de la causa en la forma prescrita por la ley 3932.

El Dr. Ovita, como representante del Ministerio Público, ya señaló con toda acidez que la confusión del representante del P. E. consiste en no distinguir entre la doble personalidad del Poder Administrador, como persona jurídica y como poder público. Claro está que sólo en el primer caso el Estado es titular de derechos subjetivos, ya que, según lo dice el maestro Bértola: "*Ni el Estado ni sus órganos tienen derechos subjetivos cuando organizan y realizan funciones de poder público*". Y luego: "*Cuando el Estado instituye, es decir, crea, reglamenta y asegura coercitivamente servicios públicos propios, entonces no obra en virtud de derechos subjetivos, sino en función de poder público y, más propiamente, de poder administrador*"<sup>4</sup>.

En consecuencia, en este caso ni había por qué observar las formas de la ley 3932 para oír al P. E., ni hubo derecho subjetivo estatal lesionado. Y siendo así, el concurir de la legalidad o ilegalidad con que actuó un órgano del P. E. como poder público no correspondía ciertamente a éste, sino al Ministerio Público.

Pero hay más: el supuesto derecho subjetivo del Poder Administrador, incorrectamente invocado por su representante, resulta poco menos que ininteligible. Según lo afirma, tal vulneración consistiría en "la necesidad de apar-

<sup>3</sup> "La acción de amparo". (La Ley, T. 96, p. 847).

<sup>4</sup> "Derecho Administrativo". T. I, págs. 133/34; 136/37.

tarse de las normas de orden general y especial que rigen, vgl. los exámenes de los alumnos regulares y libres". Y prometo demostrar los perjuicios "en la estación procesal oportuna" (sic).

Si el Estado tiene la obligación de controlar los exámenes que rinda el estudiante Celada por intermedio de su personal docente, en cualquier condición que aquél lo haga, no se entiende qué perjuicios le ocasionaría examinarlo como alumno "regular"— según lo ordenó el Juez, en lugar de hacerlo como "libre"— como pretende la autoridad administrativa, ya que la única diferencia que existe entre una y otra categoría escrita en la prueba escrita, previa y eliminatoria, que se emplea para el segundo tipo. El único argumento que podría aducirse consistiría en que el alumno "libre" es sometido a una prueba más severa sobre sus conocimientos. Pero ese hipotético exceso de celo en el controlador de la enseñanza no resulta demasiado respetable apenas se recuerde que si el alumno perdió su condición de "regular" no fue precisamente por su propia culpa, sino por las transgresiones de las autoridades del colegio y por las omisiones del organismo estatal que debió poner las cosas en su sitio.

El Poder Administrador habla, además, de perjuicios sufridos por él, pero no indica en qué consistieron, como debió hacerlo en lugar de promover, según destaca el Juez en su última resolución. Evidentemente hubo allí una infracción a las reglas del "fair play" procesal, porque se supone que el Ministerio de Educación tiene sus reglamentos al alcance de la mano y no puede resultarle muy complejo indicar qué normas reglamentarias fueron perturbadas con el fallo aclaratorio que ordenó se tomase examen al alumno en condición de "regular".

Con respecto a la segunda cuestión arriba planteada, acerca de si un organismo como el Servicio Nacional de Enseñanza Privada tiene atribuciones para representar al P. E., la respuesta es también clara, y el Ministerio Público hace una convincente demostración por el método del absurdo: De sostenerse que el P. E. debe constituirse en parte cada vez que un Juez ordena algo inherente a sus funciones, a cualquier repartición pública, la Justicia quedaría parálitica hasta que el Poder Administrador expresase los hipotéticos perjuicios que el acto cause a sus "derechos subjetivos".

Como se diría en matemáticas: el absurdo proviene de suponer que P. E. es sinónimo de Estado. Errore tan garrafal como difundido en nuestros tiempos. Nuevamente el diáfano pensamiento de Biehn pone las cosas en su punto alrededor de esa cuestión: "Solamente por una errónea acepción del Estado, si se lo confunde con "gobierno", y por una falta de educación jurídico-social, puede decirse que el contribuyente opone su derecho al del Estado. El derecho es una sólo" <sup>4</sup>.

Los corolarios de aquella tesis absurda son varios. Uno de ellos consiste

<sup>4</sup> Op. cit. págs. 116/117.

es imaginar que cuando alguien reclama una garantía constitucional violada por un órgano cualquiera del Estado, se síola "contra" ése, en lugar de afirmarlo. Volvamos a Biela: "El contribuyente no pone en conflicto su derecho con el Derecho del Estado; al contrario: invoca, precisamente, la garantía jurídica de la norma que el Estado ha establecido formalmente y la invoca frente al acto de alguno de los órganos del Estado. El contribuyente que demanda la devolución de un impuesto inconstitucional no pone en cuestión el derecho del Estado (y menos un derecho subjetivo del Estado); lo que hace simplemente es reclamar la aplicación de la norma de garantía del Estado contra un acto (ley, reglamento, sentencia, de uno de sus poderes; con ello concurre a la realización de una función del Estado que es la de hacer imperar el orden jurídico"... De donde resulta que los derechos del Estado son coincidentes con los de la colectividad; mejor dicho, más que coincidentes, son los derechos de la propia colectividad como tal".

Otro de los corolarios que se derivan de suponer que "gobierno y Estado son la misma cosa, consiste en afirmar que el Ministerio Público no representa al poder ejecutivo cuando ejerce sus funciones de órgano controlador de la legalidad. Sólo a causa de una grave inmadurez jurídica puede decirse que un funcionario estatal no está representando a los tres poderes cuando vigila la aplicación de la ley, que concierne a todos.

En el Poder Administrador late con frecuencia una inquietante vocación de lagocino: pretende —entre otras cosas— erigirse en parte allí donde no lo es; extender desmesuradamente sus facultades jurisdiccionales o convertirlas en cualquier situación a un representante del Ministerio Público en vocero dócil de sus "derechos subjetivos" imaginativamente lesionados.

Parece ocioso recalcar aquí que la división de poderes nació para evitar que el Poder abuse del poder.

La fina atribubilidad jurídica de la Cámara del Crimen ya puso la cuestión en su sitio a fines del siglo pasado, declarando que los Fiscales en lo Criminal son funcionarios de la Justicia y no agentes del P. E. No se advierte cómo podría ser de otro modo si el propio Código de Procedimientos de la materia les obliga a velar por el cumplimiento de la ley (art. 118, inc. 4<sup>o</sup>).

### Conclusiones

El fallo de la Cámara anula todo lo resuelto por el Juez, aceptando el pedido de nulidad que hizo el representante ad-hoc del P. E. Sin embargo, ya se demostró palmariamente que esa pretensión carecía de sustento y que no era otra cosa que reclamar la nulidad por la nulidad misma.

El Juez destacó sobradamente que no hay nulidad sin interés vulnerado y sobre ésto hay acuerdo tan unánime que hasta el propio representante del

<sup>o</sup> Ídem, pág. 131.

P. E. hace un inconvinciente ensayo para demostrar que no hay tal vicio en su pedido.

El acto de requerir la nulidad por la nulidad no alcanza siquiera el rango lógico del sofisma —que por lo menos intenta establecer dos premisas con una conclusión—. Es simplemente una tautología que, como tal, se vuelve inacabablemente sobre sí misma, incapaz de fundarse. Eso en el plano de las leyes del pensamiento, porque en sustrancia una pretensión de esa especie es un puro intento de satisfacer un prurito formalista. Y "prurito" está indisolublemente ligado con "escocer", cosa comprensible porque nadie reclama sobre algo que no le escuece. De aquí deriva entonces un interrogante natural: ¿Por qué y a quién escuece un fallo que desdota el estamento cometido en primer lugar por un órgano privado y no reparado, como correspondía, por un organismo del Poder Administrativo?

Me temo que estamos ante una respuesta inacible, porque la cuestión se halla estrechamente ligada al problema de las expectativas potenciales anónimas de la sociedad contemporánea. Y me temo también que resultaría inútil gritar como Júpiter: "¡que se evidencien!" Ya que las potencias anónimas, por ser tales, nunca dan la cara. Ni siquiera es posible saber si tienen rostro.

Si un fallo anula a otro, invocando inexistentes quebrantamientos procesales, se infiere que a él mismo debe alcanzarle la nulidad que aplicó de manera indebida. Eso en cuanto al caso concreto. Porque en materia de precedente hay que advertir que si llegase a prosperar el giro jurisprudencial que toma este fallo, el enérgico remedio jurídico que representa el amparo acabaría convirtiéndose en pálida citara a la que el autor del agravio a un derecho constitucional podría hacer navegar inofensivamente por los interminables meandros del procedimiento ordinario, tan grato a los litigantes estomacados de la "chicana".

Diego Alonso de Celada fue lesionado en su derecho constitucional de aprender por un acto privado arbitrario y por la no menos arbitraria omisión de un organismo estatal. Un fallo judicial lo amparó y ahora otro lo desampara. A esta altura el estudiante podría preguntarnos legítimamente: "Entonces, ¿qué es el amparo?". A lo que habríamos de responder, por supuesto, que se trata de una sabia institución jurisprudencial creada por nuestra Corte Suprema para poner remedio urgente a toda restricción arbitraria de una garantía establecida por la Constitución<sup>7</sup>. También podríamos ilustrarlo diciéndole que: "En definitiva, no es posible concebir siquiera que en el Estado Constitucional —cuyo fin supremo es la protección de la libertad humana— alguno de los derechos constitutivos de ésta quede sin el amparo de su ejercicio efectivo y pleno por medio del remedio técnico jurídico correspondiente<sup>8</sup>."

<sup>7</sup> Suprema Corte Nacional "Caso 269", 1937.

<sup>8</sup> S. Lineros Quintana ("Actos de amparo", p. 12).

Pero Diego Alonso de Celada, quien estudiaba en una escuela agro-técnica y, por lo tanto, no ha de saber gran cosa de derecho, podría seguir indagando: "¿Y qué es un Estado Constitucional?". A lo que le construiríamos muy sencillamente, explicándole algo así: Estado Constitucional o Estado de Derecho es aquel "en el cual la legalidad de la Administración está asegurada frente a las intervenciones del poder estatal por la vinculación jurídica del titular del poder del Estado, por la garantía jurídica y la tutela judicial de la esfera de los derechos individuales"<sup>9</sup>.

Pero podría ocurrir entonces que Diego Alonso de Celada, ramiando las cosas que le han sucedido y pensando en la situación en que ha quedado ahora, nos miente escépticamente. Y que, de hacer leído a Nietzsche, nos dijera: "Entonces el Estado es el sitio donde los lenguajes del bien y del mal se confunden"<sup>10</sup>.

Es improbable que Celada haya leído al agudo filósofo alemán, a esta altura de su vida. Y también resulta preferible que así sea. Porque sospecho que, repensando su caso, los juristas se verían en algunos aprietos para encontrar la réplica justa.

Se transcribe a continuación el texto del fallo:

Núm. 10.605

#### CAMARA CRIMINAL DE LA CAPITAL

(Sala 2ª)

*Recurso de amparo — Defensa en juicio — Nulidad procesal — Derecho de aprender*

*Alonso de Celada, Manuel F. o Abumada, Alejandro R.*

OPINIÓN DEL AGENTE FISCAL.— 1º, Manuel F. Alonso de Celada interpuso acción de amparo a fs. 10/13. Se agravia por la violación de la garantía constitucional protectora del derecho de aprender (art. 14, Const. Nac.), proveniente de la sanción impuesta por las autoridades de la Escuela Agro-técnica Salesiana "Doct. Bosco", de Urubelarra (Prov. de Bs. As.), a su hijo Diego, según consta en la comunicación agregada a f. 27.

La sanción, aparentemente provincial, fue impuesta en jun. 20/1964, y a pesar del tiempo transcurrido no se tomó resolución alguna. El peticionario reclamó ante el Servicio Nacional de Enseñanza Privada (Min. de Educación y Justicia), en agosto 20 del mismo año, con el fin de promover una

<sup>9</sup> Juan Goñalovich ("Ensayo de Filosofía Jurídica". (Tipográfica Editora Argentina, págs. 176/177).

<sup>10</sup> "Así hablaba Nietzsche".

investigación del Instituto educativo mencionado y la reconsideración del castigo impuesto. Según manifestaciones del recurrente, la repartición oficial no adoptó medida alguna y, en consecuencia, concibió firme la sanción, la que se prolonga "sine die".

2º Corren por cuenta las actuaciones administrativas promovidas por el Servicio Nacional de Enseñanza Privada del Min. de Educación y Justicia de la Nación. A f. 14 consta el apercibimiento dictado contra el establecimiento educativo de referencia, por haber aplicado una sanción no prevista en el reglamento general para las casas de estudio.

3º Antes de expedirse sobre la cuestión de fondo, estimo necesario pronunciarme acerca de la competencia de V. S. para resolver el caso de autos. La circunstancia de no estar reglamentado por ley hacen imprecisas los contornos procesales de esta acción de amparo. Sin embargo, las decisiones jurisprudenciales que la admitieron y los comentarios doctrinarios que glorificaron tales pronunciamientos permiten estimar que V. S. es competente para entender en la presente causa. En efecto, la circunstancia de haber sido sancionado el hijo del recurrente por un establecimiento educativo que tiene asiento en la Provincia de Bs. Aires, no importa la incompetencia de V. S.

El agravio a la garantía constitucional, aspecto sustancial de la acción inascurada, surge al haberse adoptado los reclamos administrativos que dieron intervención al Min. de Educación y Justicia, entidad que ejerció el control sobre el colegio citado. El apercibimiento efectuado importa la admisión por parte del Estado de la ilegitimidad de la sanción que afecta al recurrente, pero tal apercibimiento no repara sino que se desentiende de la lesión injustamente causada. Es en ese instante en que se consuma la violación al derecho subjetivo alegado. La Administración admite el agravio, pero no lo repara, y cierra, así, las vías legales existentes para efectivizar la garantía ya citada.

Por lo expuesto, estimo que V. S. es competente para resolver la cuestión sometida a vuestra decisión.

4º Estimo que la acción ejercida es viable y el amparo procedente. El derecho a aprender proclamado por la Const. Nac., se ejerce conforme con las leyes que reglamentan su ejercicio.

En el caso que nos ocupa, quien estudia en un colegio sometido a la reglamentación aludida es sancionado fuera de las previsiones reglamentarias y el castigo, apreciado por quienes lo impusieron, como provisorio que se extiende en el tiempo, más allá de los límites razonables. Para así a ser una sanción definitiva que involucra, por otra parte, un entorpecimiento en los estudios y en el ulterior desarrollo de la carrera elegida por la vocación del estudiante. Excede, así, los límites discrecionales de la disciplina y se convierte en ilegítimo vallador de la formación del alumno y su ulterior formación profesional. Nada de eso está autorizado por la reglamentación respectiva.

En efecto, el art. 4, decreto 371/64<sup>1</sup>, faculta al Colegio a establecer y aplicar el régimen disciplinario que haya dicado el Min. de Educación y Justicia de la Nación. Las sanciones a los alumnos se encuentran previstas en el art. 200 del reglamento general que corre por cuenta, y no ha previsto la "suspensión momentánea". A mayor abundamiento, cabe observar que la sanción "reparación temporal" de mayor gravedad, no puede exceder del límite establecido por los exámenes del mes de diciembre del año en que se impuso y la excepción que prevé no se ha dado tampoco en el caso (v. art. 204, reglamento citado).

3º Las precedentes consideraciones me inclinan a considerar que V. S. debe otorgar el amparo solicitado, ya que en autos se ha probado el agravio al derecho constitucional de aprender, la violación de normas que lo reglamentan, la intervención previa de la entidad que ejerce el control administrativo, la sanción a la fuente del agravio y la falta de reparación al mismo. Resultaría irrisorio que el Estado, por uno de sus poderes, sancionara a quien sanciona fuera de los reglamentos y dejara en pie ambos castigos: el legítimo y el ilegítimo que lo motiva. Pero sería aún más grave si ningún otro poder reparara el error, y la supremacía de la Cont. Nac. quedara desvirtuada por la impetición o inoperancia administrativa.

Por todo ello, estimo y así dictaminó, que V. S. debe amparar al recurrente por imperio de los arts. 14 y 31, Const. Nac., normas reglamentarias citadas y jurisprudencia de la Corte Suprema (in re, Siri [2] y Kor [3]—citadas) y jurisprudencia de la Corte Suprema (in re, Siri<sup>2</sup> y Kor<sup>3</sup>.—*Guillermo J. Ossola*.

1º INSTANCIA.— Buenos Aires, febrero 4 de 1965. — Considerando: 1º Que a fs. 10 a 13 se presenta, por propio derecho y en representación de su hijo menor Diego Alonso de Celada, Manuel F. Alonso de Celada, interponiendo acción de amparo agravándose por la violación de la garantía constitucional relativa del derecho de aprender, tal como se estipula en el art. 14 de la Ley Suprema.

Sostiene que el agravio proviene de la sanción impuesta por las autoridades de la Escuela Agronómica Salentina "Don Bosco", de Urubeltraz (Prov. de Bs. As.), a su mencionado hijo menor, según consta en la comunicación de dicho colegio obrante a f. 27. Sostiene Alonso de Celada que la sanción impuesta a su hijo, aparentemente provisional o "momentánea", le fue impuesta en jun. 20/1964, y a pesar del tiempo transcurrido no se tomó resolución definitiva alguna que pusiera término a aquella suspensión prolongada, en el tiempo.

<sup>1</sup> DJA, N° 1839, feb. 16/1964.

<sup>2</sup> J. A., 1958-II, p. 478.

<sup>3</sup> J. A., 1958-IV, p. 227.

En vista de ello, el peticionario reclamó ante el Servicio Nacional de Enseñanza Privada, dependiente del Min. de Educación y Justicia, con nota de agosto 20 del mismo año, con el fin de promover una investigación del instituto educativo mencionado y, fundamentalmente, tendiente a poner término a la suspensión de su hijo, que es lo que directamente lo agravia.

Sostiene que no obtuvo solución ni respuesta alguna, pese a iniciar con una nueva nota de setiembre 1° del mismo año, cuyas copias corre de fs. 2 a 7, pues la repartición oficial señalada no adoptó ninguna medida y, en consecuencia, continúa firme la sanción de esta manera singular, prolongada "vine die", una suspensión que se dijo era "momentánea". Solamente fue suspendido tiempo después, con motivo de ir su hijo a la escuela a retirar unas copias, con una solicitud de pase en formulario que le fuera entregado a su viólogo, de donde resulta que sin haberlo solicitado su hijo ni el recurrente, ya que no obra tal solicitud bajo sus firmas, con fecha ag. 4/964, parecería concedido un pase a la Escuela de Ganadería "Nicanor Escoba", de Coronel Vidal, "vista la solicitud que antecede", firmado el mismo por Isidoro J. Scarra, como director y Ricardo Salla, como secretario.

Que a f. 13 via. se ratifica el recurrente, ampliándose los términos de su exposición en la declaración de f. 25, donde recalca que no solicitó el referido pase, como podría interpretarse contrariamente de un error de redacción en la nota dirigida al Servicio Nacional de Enseñanza Privada, con fecha setiembre 1° del año pasado.

Requeridas las actuaciones que se pudieran haber librado en el referido organismo con motivo de las reclamaciones del padre del amparado, previo un informe del jefe Marcos P. Ronchino que obra a f. 18, posteriormente son remitidas las actuaciones 4909/64 que obran en el legajo adjunto. En esas actuaciones corre a f. 15 dictamen del asesor letrado del organismo, Dr. Carlos J. Galli, en el cual se concluye que la situación del alumno debe considerarse resuelta toda vez que ha recibido pase a otro establecimiento, como alumno regular; que la suspensión provisional del alumno no es una medida disciplinaria prevista en el reglamento general para los establecimientos de enseñanza secundaria y que el instituto, al darle el pase a Alumno de Celada tampoco lo comignó, lo cual supone una irregularidad, por lo que corresponde aperibir al recordado de la Escuela Agrícola Salesiana "Don Bosco", señalando por último que en cuanto a los hechos que motivaron la sanción del alumno, que sería el comentario que hizo de las actitudes indecorosas de un maestro de la escuela, no está suficientemente esclarecida, por lo que corresponde disponer una amplia información.

El dictamen del asesor, de fecha nov. 17/964, es confirmado parcialmente por el jefe del Servicio de Enseñanza Privada, pues con fecha dic. 25/964 acoge el temperamento de aperibir al colegio por adoptar una sanción no prevista en el reglamento general para la enseñanza secundaria y disponer una información por medio de un profesor supervisor; en cuanto a la sanción del alumno, su cese, el pase a otro colegio, etc.

A fs. 33 se recibe declaración testimonial a Galli, quien ratifica expresiones de su informe en cuanto a las irregularidades comprobadas, apercibido- dose en dicho acto que la solicitud de pase no estaría firmada ni por el alumno ni por el padre, lo que no es correcto, dado que las solicitudes deben firmarse por dichas personas.

Coerida vista de las actuaciones, el recurrente se ratifica de todo lo expre- tado asercionamente, y el fiscal considera que debe hacerse lugar al ampa- ro por las extensas consideraciones que formula, previo a emplearse en quan- to a la competencia territorial del suscripto, que entiende perfectamente pro- cedente.

2º Que comparto plenamente la posición sostenida por el agente fiscal en cuanto a la competencia. La Corte Suprema Nacional ha señalado, a tra- vés de numerosos fallos, que todos los jueces de 1ª instancia son competen- tes para entender en las acciones de amparo, dentro del respectivo ámbito territorial donde actúan y sin consideración alguna a fueros, turnos, etc. Por cierto que no escapa a esta regla el caso en consideración, pues aunque apa- rentemente la acción parecería ser agravio de un proceder del colegio agro- técnico de Uribelareta, como muy bien lo dice el recurrente, a través de la acción se trata de poner remedio a lo que para él es inacción del Servicio Nac. de Enseñanza Privada. Adviértase que por razón de esta acción nos enteramos ahora de algunas conclusiones: ni el alumno ni su padre son notificados de la resolución de f. 14 de las actuaciones que entran por cuenta, y si lo son, en cambio, pero de la forma tan original relatada, de esa soli- citud de pase no menos original, tramitada sin el pedido previo de los inter- esados. Como muy bien lo dice el agente fiscal, el apercibimiento aplicado al establecimiento "impone la admisión por parte del Estado de la ilegítimi- dad de la sanción que afecta al recurrente, pero tal apercibimiento no repara sino que se desentiende de la lesión injustamente causada. Es en ese instante en que se consuma la violación al derecho subjetivo alegado. La Adminis- tración admite el agravio, pero no lo repara y cierra así las vías legales exis- tentes para efectivizar la garantía ya citada". Más aún, diría yo, dice la re- solución y la deja allí sin hacer conocer, sin notificarla, como si por arte de encantamiento los administrados pudieran enterarse o no enterarse de la re- solución que acogen o no sus peticiones. El agravio es entonces conca una inactividad del Servicio Nac. de Enseñanza Privada, organismo oficial que nuclea a colegios incorporados, como la Escuela Agrotécnica Seleñiana "Don Bosco", de Uribelareta, que por tener aquel organismo su sede en esta Capi- tal da plena competencia al recurso.

3º Así las cosas y yendo al fondo de la cuestión, considero que el ampa- ro es procedente. En la forma haro irregular que se ha relacionado se aplicó una sanción de suspensión "sine die" a un buen alumno que registra buenas calificaciones en el primer término lectivo, a pesar de calificarse de "mo- menálica" y, como si esto fuera poco, se consideró que la mejor forma de enderezar tal error era dándole al alumno un pase que no había solici-

tado a otro establecimiento. Creo que es claro en el caso de autos el agravio con que se ofende en las presentes circunstancias el derecho a aprender que nos concede la Constitución Nacional.

Las facultades disciplinarias de los colegios privados no están ni podrían estarlo sujeta al libre arbitrio de las autoridades que rigen los destinos de los mismos, pues al par de la anarquía que ello podría significar, podría dar lugar a un ejercicio que desbordando lo discrecional caera en lo arbitrario. Menos aún puede ocurrir ello en el caso de colegios incorporados a la enseñanza oficial, que no podrían sustraerse en ese aspecto y muchos otros al control oficial. Como acertadamente lo señala el fiscal, la suspensión a Alonso de Celada se convirtió para el caso en una sanción definitiva a pesar del nombre que se le dio, que no está autorizada por la reglamentación respectiva, tal como surge del art. 4, decreto 371/54, por el cual se faculta al colegio a establecer y aplicar el régimen Justicia de la Nación, y como muy bien lo sigue señalando el ministerio público en el reglamento general para la enseñanza secundaria (art. 200), no se ha previsto la "suspensión momentánea", debiendo observarse que la sanción "reparación temporal", de mayor gravedad, no puede exceder del límite establecido por los exámenes del mes de diciembre del año en que se impuso y la excepción que prevé no se ha dado tampoco en el caso, art. 204 del reglamento citado.

4° Diego Alonso de Celada es sancionado por las autoridades del colegio donde ejerce su derecho de aprender. Diego Alonso de Celada es suspendido "momentáneamente" por dichas autoridades. Diego Alonso de Celada no ve el término de esa suspensión "momentánea". Luego Alonso de Celada se entera de un pase colegial que no ha solicitado. Diego Alonso de Celada se pregunta si es justo y acorde con la Const. Nac. que a él le suceda lo que le ocurre, cuando ha quedado parentizado que quienes procedieron de esa manera han actuado "contra legem" en sentido lato, arbitrariamente, y habían sido apercibidos por razón de tal irregularidad. Bien sostiene el Dr. Ovina, al concluir, "que procede al amparo, que en el sub júdice se ha probado el agravio al derecho constitucional de aprender, la violación de normas que lo reglamentan, la intervención previa de la entidad, que ejerce el control administrativo, la sanción a la fuente del agravio y la falta de reparación al mismo". Por cierto que debo seguirlo complacido, cuando sostiene más adelante que "resultaría inícuo que el Estado por uso de sus poderes sancionara a quien sancionara fuera de los reglamentos y dejara en pie ambos castigos: el legítimo y el ilegítimo que lo motiva. Pero sería aún más grave si ningún otro poder repara el sustrato y la supremacía de la Const. Nac. quedara desvirtuada por la imprevisión o inoperancia administrativa".

Por todo ello, de conformidad con lo peticionado por el recurrente y sostenido seriamente por el Ministerio público, acciendo presente lo dispuesto por los arts. 13 y 31, Const. Nac., normas reglamentarias y jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos "Koc" y "Siri", fundamentalmente, acciéndole: 1) hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por Manuel F. Alonso

de Celada por derecho propio y por su hijo menor Diego Alonso de Celada, ordenando al Servicio Nac. de Educación Privada dependiente del Min. de Educación y Justicia de la Nación, adopte la providencia del caso con el fin de que el referido estudiante sea examinado con vista a continuar sus estudios en el curso lectivo del presente año y de darse por supuesto las oposiciones previas de la aprobación de dichos exámenes para lo cual se deja sin efecto la suspensión impuesta por la Escuela Agronómica Salesiana "Don Bosco", de Urubelarras; 2) a los fines precedentes la Jefatura de Servicio deberá tener presente las siguientes circunstancias: a) los exámenes deberán ser tomados en la Escuela Agronómica Salesiana "Don Bosco", de Urubelarras (Prov. de Bs. As.) u otro establecimiento agronómico similar que tenga los mismos planes de estudio que el referido colegio y no resulte oneroso al alumno por razón de la distancia u otras razones obsecualitantes; b) los exámenes deberán ser supervisados por un funcionario del Servicio de Enseñanza Privada que se designará al efecto; c) los exámenes deberán ser tomados de acuerdo con las reglamentaciones en vigencia, pero deberá contemplarse si no corresponde tener por extinguido al alumno en aquellas materias cuyo promedio lo permite, a pesar de tener calificaciones exclusivamente en el primer término del período lectivo, a menos la fuerza mayor legítima que determinó su alejamiento del colegio; 3) acento a que el suscrito toma conocimiento a través de estas actuaciones de la posible comisión de hechos ilícitos de acuerdo con lo dispuesto por el art. 164, C. Fr. Cr., deteniéndose los mismos a las autoridades judiciales de la Prov. de Bs. As. con jurisdicción sobre la localidad de Urubelarras, a cuyo fin se sacará testimonio de las notas obrantes de fs. 3 a 5 y 8 a 9 de las actuaciones que corren en legajo adjunto que se remitirán juntamente con el expediente a librarse al Jefe provincial en turno. Librese oficio al Servicio Nac. de Enseñanza Privada, haciendo transcripción de la parte resolutoria de la presente sentencia y devolviendo la actuación que corre en el legajo adjunto y reglamentaciones agregadas.— *César R. Arigón* (Sec. Guillermo R. Navarro).

OPINIÓN DEL AGENTE FISCAL. — 1º Se presenta nuevamente el recurrente Manuel F. Alonso de Celada, haciendo saber el resultado de la ejecución de ese amparo y acompañando copia de la resolución dicada por el Servicio Nac. de Enseñanza Privada.

2º Observo que el art. 2 de la disposición administrativa aludida importa modificar los términos de la resolución de f. 35 y que "modifica el "turno" del alumno regular para ubicarlo en la categoría de libre. Considero que si aquella condición fue incumplida por una sanción legítima que agravó al recurrente y dió lugar al amparo, no puede privárselo ahora de tal carácter y perjudicarlo, indirectamente, como si hubiera abandonado voluntariamente sus estudios o no los hubiera cursado regularmente por propia decisión.

3º En consecuencia, considero que V. S. debe hacer saber a la autoridad administrativa interviniente, que el amparo concedido al alumno Alon-

so de Celada lo es en su condición de "regular", aclarándose así, los términos de la parte resolvente de la sentencia. Además la comunicación deberá emplazar al Servicio Nac. de Enseñanza Privada para que adopte las medidas del caso dentro de un término breve que V. S. debe precisar atendiendo a la urgencia del caso y bajo apercibimiento de lo dispuesto en el C. P., art. 2394.

4º Considero que no corresponde que V. S. declare que el alumno ha cumplido sus estudios de tercer año, como lo pide el recurrente, por cuanto excede los límites de vuestra competencia y lo dispuesto por V. S. en el apart. c) del art. 2º de la aludida resolución de f. 35. Tampoco corresponde dejar sin efecto la disposición 22, puesto que la revocatoria deberá emanar de la propia autoridad administrativa a la que se ha aclarado los alcances del amparo cuyo ejecución se efectiviza. — *Guillermo J. Ostia.*

1º INSTANCIA. — Buenos Aires, febrero 22 de 1965. — Considerando: Que el recurrente en la presente acción de amparo se vuelve a presentar a f. 45, acompañando copia de la resolución recaída a raíz de la dictada por el Dr. Carlos R. Arigó a cargo de este Juzgado de Instrucción N° 13 —institucionalmente subrogado por el suscripto— dictada aquella por el Servicio Nacional de Enseñanza Privada.

Que la misma, en su punto 2º surge que se dispone hacer saber al Rectorado del Instituto Escuela Agrotécnica "Don Bosco", de Uribelarrea (Prov. de Bs. As.), "que deberá organizar en el próximo período de complementarios, las correspondientes mesas examinadoras de las asignaturas que integran el plan del 3er. año, a fin de recibir los exámenes que en calidad de "libre" debe rendir..." el hijo del recurrente.

Que siendo así, se desnaturaliza el espíritu de la sentencia de fs. 32/5, por cuanto la intención del recurrente, expresada a lo largo de su presentación y la que surge de los considerando de la citada resolución ha sido la de que Diego Alonso de Celada sea examinado en su condición de regular, de la que ilegítimamente fue separado. Ya que si la intención del nombrado hubiera sido ser examinada como "libre", no tenía ninguna necesidad de presentar esa acción d amparo, por cuanto en cualquier instituto similar y en el mismo o que presencia podría presentarse en tal condición.

Que por otra parte, el Servicio Nac. de Enseñanza Privada, en el caso específico, nada tiene que resolver en contrario al mandato judicial que impone la resolución recaída en este amparo a fs. 32/5, pasada en autoridad de cosa juzgada, notificada a las partes e incluso conocida por ese Servicio, sin mediar recurso alguno contra la misma, por lo cual las partes, como ese servicio, como se dijo, nada tienen que decidir en contrario de dicha resolución, sino cumplirla en su letra y en su espíritu, que siendo justamente a proteger la condición de alumno regular y no libre de Diego Alonso de Celada, quebrantada en pleno período de estudios (mediados de año). Justamente

eso fue el objeto de la acción de amparo que prosperó y quedó firme. Nada puede innovarse al respecto por ninguna de las entidades públicas o privadas intervinientes en el caso; no otra situación que la condición de alumno regular quebrazada y resuelta por auto firme en amparo es lo que debe reanarse sin trivariar el fondo mismo de la cuestión.

Que en cuanto a las otras peticiones formuladas por el presentante de f. 45, como bien lo dice el agente fiscal a f. 48, no corresponde expedirlas, por cuanto exceden la competencia del suscito y porque, efectivamente, la disposición 22 del Servicio, corresponde que sea revocada en instancia administrativa.

Por todo ello de conformidad con todo lo manifestado sinécticamente pero claramente por el agente fiscal, resuelvo hacer saber al Servicio Nac. de Enseñanza Privada que el amparo concedido a fs. 32|5 a Diego Alonso de Celada lo fue en su condición de alumno "regular" del Instituto Escuela Agronómica Salesiana "Don Bosco", de Urubelares (Prov. de B. As.), la que había sido legítimamente quebrazada; por lo que los exámenes dispuestos en la disposición 22 deberán ser tomados en tal condición adoptando el director del Servicio citado o el personal que se encargare a su cargo las medidas necesarias en un término que no conculque el derecho amparado y que no podrá exceder de diez días hábiles, para que se dé cumplimiento al mandato judicial de fs. 32|5 y que por esta resolución se aclara y refirma, bajo apercibimientos de ley; 2, no hacer lugar al pedido de declarar que Diego Alonso de Celada ha cumplido sus estudios de tercer año como lo pide el recurrente; 3) tampoco hacer lugar a la solicitud de dejar sin efecto la disposición 22 cuya copia obra a f. 42; 4) a fin de que el Servicio Nac. de Enseñanza Privada se entere totalmente de lo resuelto en este recurso, notificar el texto completo de la resolución de fs. 32|5 de cuyos considerandos deberá imponerse el director del citado Servicio. — *Hosaino E. Rebori* (Sec.: Roberto Bergalli).

**OPINIÓN DEL AGENTE FISCAL.** — Paso a contrastar la vista conferida por V. S. a f. 79 provocada por la presentación en autos del subprocurador del Tesoro de la Nación, Dr. Alejandro R. Abramada, quien invoca la representación del Poder Ejecutivo Nacional y pide ser tenido por parte e interpone los recursos de nulidad y apelación en subsidio contra la sentencia de amparo. Por cuanto en los considerandos del decreto 1920/65 que acompaña, se formulan apreciaciones que no concilian con la realidad de las circunstancias de autos y que se vinculan con mi condición de parte en este juicio y, por lo tanto, con mi capacidad procesal para constatar la vista conferida, comenzaré por tratar este aspecto de la cuestión (I), para continuar, sucesivamente, por la petición de ser tenido por parte el P. E. (II), la nulidad procesal impugnada (III), la apelación subsidaria (IV) y formular las conclusiones, expresar las reservas y requerir las peticiones con que sintetizo la posición del Ministerio Público en esta causa.

I) Legitimación procesal del ministerio público. — 1) La Cámara de apelaciones de este fuero ha sentido desde el siglo pasado la doctrina de

la judicialidad de la función de los fiscales el crimen. Del carácter así definido y del principio constitucional de la división e independencia de los poderes públicos "... resulta la consecuencia ineludible que dichos funcionarios no tienen relación alguna de dependencia con el Poder Ejecutivo de la Nación" (acordada dictada en diciembre 30|899; conf. "La Ley", t. 12, p. 303, en nota).

2) Tal doctrina ha merecido mi permanente asentimiento y ha merecido ratificación judicial reciente, expresa y concreta en la sentencia dictada en setiembre 11|963 por el juez Dr. Eduardo L. Vila (J. A., 1964-III, p. 332). Tal posición es de público conocimiento, según la textual exposición del Min. de Educación en su informe al Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación (Memoria del citado Ministerio, 1963-1964, p. 149).

3) Por lo expuesto no resulta cierta la afirmación contenida en el consid. 1º del decreto 1980|63, puesto que en el expediente aludido no existe orden alguna del Presidente de la Nación —obvio resultaría destacar que nuestro P. E. es unipersonal— como presupuesto del desconocimiento aludido y, por otra parte, no es en ese expediente sino en otros que se ha sentado doctrina, basada en la Com. Nac., leyes reglamentarias y acordadas judiciales.

4) He tenido que formular estas consideraciones por cuanto ellas se relacionan con el problema de la posible excusación a que alude el consid. 2º, in fine, del menado decreto y que impediría contestar esa vicia. Debo aclarar a V. S. que en ningún momento me excusé de intervenir como fiscal, eso es como representante del ministerio público. Existe al parecer una lamentable confusión y creo que ese es el momento y la oportunidad de señalarla. Por cuanto el subprocurador del Tesoro me había designado para intervenir en representación del Min. de Educación — no existía por entonces decreto alguno del Poder Ejecutivo— en esta causa y sostener los argumentos y formular las peticiones que contiene su ulterior presentación, puse en conocimiento de la Cámara tal situación, según consta en el expediente que corre por cuenta (Nº 1199|63). La Cámara no rechazó mis peticiones, como por otro lamentable error se sostiene en la norma administrativa que nos ocupa. Consta en las actuaciones ya citadas que expresamente sostuvo el Tribunal que "... ha sido precisamente el fiscal Dr. Quiñía quien ha tenido hasta ahora, en forma reglamentaria, intervención en dicho recurso. Por esta razón no corresponde proceder a un nuevo sorteo a los fines de designar otro representante del ministerio público para que concluya entendiendo en el trámite del amparo que se trata". Como podrá apreciar V. S., ni la Cámara me ordenó subordinarme al Procurador del Tesoro y aceptar tal representación, ni entendió que formulaba una posible excusación. Con respecto a las demás apreciaciones contenidas en mi nota —relativas a la posible violación de las atribuciones del Tribunal en la designación de los Fiscales y a la "excusación a que se refiere el Fiscal de Cámara— estimó fuera de lugar y oportunidad entrar a considerarla en esta ocasión.

5) Por lo tanto, ni ha existido insubordinación ni he formulado excu-

sación alguna hasta ahora. Paso a considerar si la posesión en autos del subprocurador del Tesoro, como mandante del P. E., importa o no la imposibilidad procesal de seguir entendiendo en la causa, consideración esencial para poder contestar la vista concedida.

6) Corresponde a los fiscales del crimen el control de la legalidad, tanto de la ley suprema como de la legislación de fondo y de forma (C. Pr. Cr., art. 118; ley 1893, art. 118). No les corresponde ningún otro tipo de función (vg. la gestión económico-financiera, el asesoramiento técnico, la vigilancia de las rentas...). Por lo tanto, el ministerio público no puede en ningún caso dejar de ser parte puesto que a la legalidad deben subordinarse todas las partes del proceso —eventualmente el mismo P. E. cuando litigue— y el juez mismo. En consecuencia, resulta perfectamente compatible la coparticipación procesal del fiscal del crimen como controlador de la ley y el del procurador del Tesoro como representante del P. E. que pide ser parte en el proceso. Tal coparticipación se limita literalmente al sentido de "partes" de un mismo juicio y no importa la significación de una convergencia de intereses o peticiones. No impide ningún principio doctrinario, ni tampoco norma legal alguna, que en el mismo proceso existan posiciones diferentes y aún contradictorias. Ello ocurrirá toda vez que el P. E., como cualquiera de las otras partes eventuales, se separa de la estricta legalidad.

7) Por lo expuesto, estimo que tengo plena legitimación procesal en autos y que no se da la hipótesis prevista en el art. 119, C. Pr. Cr. (conf. art. 76) y, por lo tanto, paso a contestar la vista conferida siguiendo el orden de las peticiones formuladas por el representante del P. E.

II) El P. E. como parte en autos. — 8) El subprocurador del Tesoro de la Nación se presenta en nombre y representación del Poder Ejecutivo Nacional, mandato que acredita con el decreto agregado a fs. 71|72 en fotocopia debidamente legalizada. Nada corresponde objetar a tal representación, teniendo en cuenta el decreto 781|59 y la decisión expresa del mandante.

9) Si bien la representatividad le otorga el mandante en el ámbito de sus atribuciones, la calidad de parte solamente la confiere V. S. de acuerdo a la ley. Cabe preguntarse si el subprocurador del Tesoro ha explicado suficientemente cuál es el interés jurídico que persigue en su petición o si debe postularse en todo amparo la necesaria intervención del Poder Ejecutivo. Al dilucidar cualquiera de las posibilidades también deberá resolverse si tal interés no es el mero "controlador de la legalidad", en cuyo caso la representatividad alegada se confundiría con la función del ministerio público ya señalada.

10) La única referencia hecha por quien pide ser parte es la alusión contenida a f. 74 vta.: "... resulta claro que la acción ha sido incoada contra la Nación...", conclusión a que arriba el subprocurador del Tesoro del hecho de haber oficiado V. S. al Servicio Nac. de Enseñanza Privada del Min. de Educación y Justicia de la Nación, para que adopte ciertas medidas. Paso

por alto la circunstancia de usarse como si fueran sinónimos las expresiones "Estado" (decreto 1920) "Nación" (f. c.) y "P. E." (f. 74), de muy distinto tenore, por cuanto a lo largo de este dictamen se alude sistemáticamente a su correcta diferenciación, presupuesto simbólico que evitará, precisamente, la confusión sobre la que se basa la pretensión de nulidad. Baste señalar, por ahora, que tanto este fiscal, como V. S. también representan y defienden los altos intereses del Estado Nacional Argentino.

11) No atribo a la misma indiferencia que la trascrita. Nada autoriza a suponer que en todas las ocasiones que un magistrado judicial se dirige a la Administración Pública en cualquiera de sus múltiples repeticiones solicitando o ordenando un acto propio de sus funciones, el Poder Ejecutivo tenga que ser parte en el respectivo juicio. Rememoraré un verdadero escándalo jurídico que, por ejemplo, en un juicio de alimentos el P. E. pretendiera ser parte porque el magistrado ha oficiado ordenando un embargo a la repartición pública donde trabaja el obligado. A mayor abundamiento, imagine V. S. las insospechadas consecuencias de un alarmante principio en los juicios de *habeas corpus* —cuyas normas son de aplicación subsidiaria a este proceso de amparo—, toda vez que el oficio que comunica el auto de *habeas corpus* en los términos del art. 630, C. Pr. Cr., quedaría sin ejecución hasta que el P. E. se presente por parte, agraviado de la orden impartida a un comisario de policía... No resulta necesario, al menos en mi opinión, multiplicar los ejemplos, pero debo advertir que tanto derecho tendría el P. E. en tales situaciones, como el propio Congreso Nacional en todas aquellas situaciones en que se impugnan de inconstitucionalidad las leyes que sanciona. ¿O es que piensa como Estado solamente el P. E.? Pero, en cambio, debe dejarse expresa constancia que tal criterio conduciría a la destrucción de la República, convirtiendo al P. E. en gendarme procesal de cuanto juicio se ventile.

12) Ni de las palabras del representante del P. E. ni de las circunstancias de esta causa, surge que el P. E. sea parte. Ignoro si otras personas tienen interés en el resultado de la causa, puesto que no han manifestado nada en concreto y, por lo tanto, tampoco corresponde que el Estado, por la diligencia del P. E. se subeque en la defensa de los eventuales e hipotéticos derechos de terceros.

13) En autos se pide amparo por cuanto un habitante de la Nación Argentina quiere estudiar regularmente en un colegio y no lo dejan. La imposibilidad no deriva de norma legal alguna, sino de una situación de hecho originada por una conducta antireglementaria de los directivos de tal establecimiento. Sobre tal calificación no hay desacuerdo entre el P. E. y V. S. como surge de la constancia de f. 18. El amparo tiende a curar tal entuerto y como V. S. no puede estar presente —dadas sus múltiples ocupaciones— para controlar el desarrollo de los exámenes pertinentes ha ordenado diversas medidas que deberán ser ejecutadas por el organismo administrativo existente. V. S. hace funcionar una entidad administrativa de acuerdo a su sentencia

y al marco reglamentario respectivo, conjunto de normas que V. S. tiene la atribución exclusiva en juicio de interpretar con el respaldo de su imperio.

14) Como podrá apreciarse, el amparo no está incoado contra la Nación, ni contra el Poder Ejecutivo. No se ha ordenado en la sentencia a actu ajuer a la competencia del órgano respectivo. No se ha aplicado otra norma que la vigente. Si sobre este último punto, se sostiene que el P. E. actuó mal, entonces el P. E. tampoco puede ser parte en el juicio, puesto que el control de la legalidad corresponde exclusivamente al ministerio público.

15) Por cuanto el Estado es sinónimo de "Derecho" y éste no cimenta sobre la constitución como ley suprema (Const. Nac., art. 31) cada vez que se ampara una garantía constitucional, se refirma al Derecho en su propio fundamento, y, por lo tanto, se consolida el Estado. Va de suyo, entonces que no es contra la Nación que se ha ejercido la acción (tampoco contra las Provincias o los municipios), sino contra la inconstitucionalidad, esto es, la anarquía. La acción no agravia al P. E., ni el amparo concedido lo dañifica, sino la fortalece.

16) En conclusión, estimo que el P. E. no debe ser tenido por parte y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118, inc. 4, del código de forma, pido que V. S. así lo declare.

III) La nulidad procesal impugnada. — 17) Sin perjuicio del pedido formulado en el apartado precedente de este dictamen, estimo que corresponde pronunciarse sobre la nulidad, por cuanto ella es de orden público y puede ser declarada de oficio, y también para el supuesto de ser tenido por parte el P. E.

18) Estimo que V. S. debe resolver la nulidad cuestionada en "forma incidental". La naturaleza del incidente es la de ser un remedio procesal en el que se ventilan las diversas cuestiones relativas al principal sin obstarle su normal proceso. Considero que no existiendo reglas que determinen la nulidad en los amparos y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de esta acción excepcional, así como la circunstancia de preverse la demora de una triple instancia que haría ilusoria la ulterior consagración del derecho reclamado, pido a V. S. se resuelva el problema de nulidad articulado en incidente por separado, sin perjuicio de proseguir el principal según su estado y las resultas de lo que correspondiere por derecho.

19) La nulidad es una sanción jurídica. Es la pena al infractor del proceso. En el derecho argentino no hay pena sin ley que previamente diga en qué consiste la infracción y hasta dónde llega la sanción. Cabe preguntarse qué norma legal impena a V. S. un deber, en qué feja se acredita la infracción y cuál es el castigo procesal.

20) V. S. es juez del crimen y se le ha pedido amparo constitucional. Su labor se debe orientar dentro del marco de la Const. Nac., el C. Pt. Cr.

y las pautas que se infieren de los precedentes jurisprudenciales que dieron vida jurídica a tal acción. Así las siguientes, en especial:

"...que hasta la comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad sin que pueda alegarse en contrario, la inexistencia de una ley que la reglamente; las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias..." (Corte Sup., *in re Siri*, "Fallos", 239, 499). "...una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que a semejanza del *habeas corpus*, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución..." "...La Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros, ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios..." "Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la legitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia —lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio— a fin de no decidir, por el sumario procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate..." (Corte Sup., "Fallos", 241, 295, *in re Kot*).

21) En tal marco diferencial se orienta la tarea jurisdiccional del magistrado en el amparo. Tiene la mayor libertad y su discrecionalismo no tiene otro límite que la ponderación y prudencia aludidas por la Corte Suprema. En consecuencia, el procedimiento no puede ser ordinarizado puesto que importaría su desnaturalización. En tal sentido, se ha dicho: "...La petición de amparo dirigida al órgano jurisdiccional es unilocal y no origina un proceso propiamente dicho..." (Sup. Trib. de Santa Fe, J. 20, 155).

Es decir, la acción de amparo es un remedio excepcional de trámite no previsto y cuyo objeto es la cesación inmediata de la privación o restricción manifiestamente ilegítima de un derecho constitucional. En tal sentido se ha sentenciado: "...La acción de amparo debe bastarse con la simple comprobación objetiva o información de que el acto lesivo no obedece a ninguna norma que le haya dado origen..." (Sup. Trib. de Misiones, "La Ley", t. 107, p. 958).<sup>4</sup>

22) El P. E. considera que V. S. ha violado las reglas del procedimiento. Naturalmente no señala qué norma legal, puesto que no la hay, pero pretende introducir en el proceso de amparo en sede criminal otras normas del derecho positivo y un precedente jurisprudencial de la Corte que emana

<sup>4</sup> J. A., 1961-VI, p. 123.

aplicable al caso. Sobre esta base —que oportunamente consideraré— impono a V. S. las siguientes infracciones:

a) "... que V. S. no comunicó la promoción de esta causa en la forma prescrita por el art. 4, ley 3952<sup>a</sup>..."

b) "... que V. S. ha decidido la situación litigiosa planteada por el actor sin conceder la audiencia previa que debió darse al P. E. para su defensa... (por cuanto la intervención del Fiscal ha sido)... a título de representante del ministerio público, no habiendo llegado a asumirlo hasta la fecha, la calidad de mandatario del Estado, prevista en el art. 1, ley 3957<sup>a</sup>..." (f. 74 vta.). Paso a concretarla sucesivamente:

23) Con relación a la norma legal invocada, el art. 3 (seguramente por error material se cita el 4) dice: "La «demanda» se comunicará por oficio al P. E. conducto del ministerio respectivo y al procurador fiscal, el cual deberá proceder previa consulta y con sujeción a las instrucciones que le transmita dicho ministerio".

Como surge del texto transcrito la norma legal que se pretende imponer en este procedimiento se refiere a "demandas" de acciones privadas. Ello se aclara palmariamente con el art. 1.

Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las "acciones civiles" que se deduzcan contra la Nación en su carácter de "persona jurídica", sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso, sin que se acredite haber procedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el P. E. y su denegación por parte de éste.

Entiendo que la norma legal citada es absolutamente inaplicable al caso por:

a) En autos no se ha ejercitado acción patrimonial alguna sino pedido amparo por violación de la garantía constitucional contenida en el art. 14.

b) Para pedir amparo no se requiere venia legislativa previa, condición que requerían las leyes anteriores a la norma que nos ocupa.

c) Porque la ley se refiere a la Nación demandada en su carácter de "persona jurídica" y no en su condición de potestad pública, que es el caso de autos: (C. C., art. 35). En la prescripción del subprocurador no consta cual puede ser el "derecho subjetivo" que estaría agraviado por el amparo. Al parecer la lesión jurídica estaría incidentalmente invocada en el poseso de f. 75 en que se dice: "...pondría al Ministerio del ramo en la nece-

<sup>a</sup> J. A., t. 15, p. 28, en nota.

<sup>a</sup> J. A., t. 30, sec. leg., p. 34, en nota.

sidad de apartarse de las normas de orden general y especial que rigen; vg. los exámenes de los alumnos regulares y libres".

Sin embargo —teniendo en cuenta que el Estado no da exámenes, sino que lo controla— no es un derecho subjetivo al que se alga sino la potestad pública del ejercicio del poder de policía en la Educación. Por lo tanto, el Estado no actuaría en su calidad de persona jurídica sino en ejercicio de su imperio público. Así las cosas, la ley no resulta aplicable aún en el supuesto de haberse equivocado V. S. en la interpretación reglamentaria pues cuando el Estado actúa como potestad pública no es persona jurídica y el controlador de la legalidad no corresponde al Poder Ejecutivo sino al ministro público que es independiente de él. Considero, pues, que al aplicarse tal norma legal se consumaría ahora si una nulidad insanable, ya que se limitaría el ejercicio de la potestad pública a una contienda de partes en ejercicio de iguales derechos subjetivos. El Estado al ejercer su poder, como dice Böhm, no requiere invocar personalidad jurídica alguna; en su ejercicio establece leyes (por el Congreso) reglamentos (por el P. E.) y decide jurisdiccionalmente (por los jueces). En todos estos casos el Estado no ejerce ningún derecho subjetivo, ni actúa como persona jurídica, ni pública ni privada (Conf. "Estudios de derecho público", t. 3, p. 22).

Claro está que el ejercicio de ese poder es "discrecional", pero no "arbitrario" y el Estado tiene virtualmente limitada sus posibilidades de imperio en la propia Constitución y en aquellas normas que dicta para autolimitarse a sí y a las personas de derecho público, limitaciones que hacen nacer, casi siempre, derechos subjetivos a los individuos como concreción positiva de garantías constitucionales (idem).

24) En conclusión, V. S. no debía aplicar la ley 3952 al caso y, en consecuencia, no existe nulidad en la omisión del traslado aludido.

25) Con respecto a la segunda infracción que se le imputa (ver III, 22, b), el subprocurador del Tesoro escusa que era exigible provocar la intervención formal del Poder Ejecutivo en esos autos para que pudiera ejercer su derecho de defensa (Const. Nac., art. 18). Ya he señalado (II, 8 a 16) que no encuentro razón para que el P. E. sea parte en el juicio. Resulta forzoso concluir que V. S. no tenía deber procesal de escuchar a quien no es parte. Las normas del código de procedimientos en lo criminal y correccional y en especial las reglas relativas al hábeas corpus, no lo establecen.

26) A mayor abundamiento, y con el fin de aclarar —desear del límite de mis posibilidades— hasta sus últimas consecuencias la cuestión que se debate, paso a considerar también esta imputación. El subprocurador cita como regla procesal infringida la resolución de la Corte Suprema de Justicia in re Moran ("Fallos", 250, 857)<sup>7</sup> y a cuya correcta transcripción me remito. Sin embargo, la mera lectura del fallo me permite considerar que

<sup>7</sup> J. A., 1942-IV, p. 251.

no es aplicable al caso de autos, puesto que en el precedente invocado el magistrado judicial resolvió a *requisición* seguida de la petición, sin más diligencia que la intervención del ministerio público. Veamos, como se ha concludido V. S. en autos:

a) A f. 14 V. S. resuelve oficiar al jefe del Servicio Nacional de Enseñanza Privada a fin de que remita todas las actuaciones administrativas relativas a la petición de Alonso de Celada (se remite a f. 17).

b) En dichas tramitaciones consta la petición del ciudadano y la opinión y resoluciones de los distintos funcionarios administrativos intervinientes.

c) A fs. 18/19 el Jefe del Servicio de Enseñanza Privada informa a V. S. acerca de lo sucedido y expresamente aclara que se ha impuesto una sanción a las autoridades del colegio a raíz de la actitud adoptada en el caso.

d) A raíz de tal informe V. S. resuelve escuchar al asesor legal del citado organismo (f. 22 vs.).

e) A f. 23 para declaración el Dr. Carlos J. Galli, ilustrando los distintos aspectos de la cuestión y presentando acompañar textos de los reglamentos aplicables.

f) A f. 29, El Min. de Educación y Justicia los remite y se reservan por Secretaría.

Creo, pues, que V. S. ha actuado con la prudencia y ponderación merendadas por la Corte in re Siri y Kor y que de ninguna manera es aplicable al caso del precedente jurisprudencial invocado por el representante del P. E.

27) A mayor abundamiento cabe recordar algunas de las reglas que pueden inferirse de relevantes precedentes. Por ejemplo:

"No es un juicio o contienda entre partes... es simplemente un pedido de tutela o de remedio para asegurar la libertad o un derecho conculcado, ya que nada se decide como no sea la supresión de las vías de hecho que obstaculizan el normal ejercicio de los mismos.

"Al igual que las medidas cautelares comunes en los juicios ordinarios, "no está sujeto a vistas o traslados, ni a trámite alguno de ratificación contenciosa" (Cám. Nac. Civ., "La Ley", t. 105, p. 549).

"La autoridad a la que se atribuye el acto presuntamente lesivo de una libertad civil no es parte en el trámite de amparo (Sup. Trib. de Santa Fe, J. 20, 1).

"No procede la declaración de nulidad si no se advierte vicio esencial de forma o si en lo que concierne a la cuestión de fondo, carece de interés jurídico quien invoca el defecto en que se funda el pedido de aquella declaración..." (Cám. Crim. Mar del Plata, "La Ley", t. 108, p. 761) <sup>2</sup>.

<sup>2</sup> J. A., 1962-III, p. 338.

Todos estos precedentes demuestran palmarmente que V. S. no ha violado precepto procesal alguno y en consecuencia, no existiendo infracción, no cabe el castigo de la nulidad.

28). Pero teniendo en cuenta que las nulidades son "relativas" (Cám. Nac. Civil, "La Ley", t. 107, p. 939, 8543-S)<sup>9</sup> y que no corresponde declararlas en el exclusivo interés de la ley o para "satisfacer prejuicios formales" (C. Nac. Civ., "La Ley" t. 105, p. 955, 7532-S; t. 108, p. 922, 887-S<sup>10</sup>), y que no pueden decretarse para satisfacer un interés estricto, sino "únicamente cuando ellas hayan redundado en perjuicio positivo" para el derecho de quien las pide (Cám. Nac. Fed., sala concenciosoadministrativa, "La Ley", t. 105, p. 492), tampoco resulta procedente la solicitud del subprocurador del Tesoro.

En tal sentido, no es admisible la promesa futura de probar los perjuicios después de declarada una nulidad; los perjuicios constituyen el presupuesto de la petición y no una consecuencia de su admisión. No obstante la adversaria formulada a f. 73 vta. debe constarse al peticionante que pretende probar la nulidad por la nulidad misma. Al respecto cabe recordar:

"Quien pide la nulidad de las actuaciones debe indicar cuál es el perjuicio que se le ha ocasionado..." (Sup. Trib. La Pampa, "La Ley", t. 107, p. 389)<sup>11</sup>.

"La nulidad no procede por la nulidad misma".

"Quien alegue nulidades —que tienen carácter restrictivo— debe esperar concretamente que defensas pudo oponer y se vió privado de hacerlo, con el objeto que los Tribunales tengan elementos de juicio para la practicidad en declararlas o no declararlas con estrictos jurídicos. (Cám. Cim. San Juan, J. S. J., III, 161). "No mediante perjuicio, la nulidad no es procedente" (Cám. Apel. Rosario, Rep. "La Ley", 1952, p. 981, sumario 12).

"... No debe dictarse la nulidad por la nulidad en sí..." (cuando existe omisión expresa del juicio por parte de quien no tuvo traslado). (Cám. Com., "La Ley", t. 106, p. 396).

29) Además, el Servicio Nacional de Enseñanza Privada consintió el amparo (conf. actuaciones administrativas). Resulta caudal y arbitrario la reclamación efectuada contra el auto de f. 55. Es inadmisibile, por otra parte, que se pretenda limitar el consentimiento del amparo a la condición de ejecutario desnaturalizando la condición de alumno regular del amparado y negar tal consentimiento en caso contrario y con posterioridad a la resolución de fs. 49/50. Es extemporáneo y conculcatorio, consentir un acto por

<sup>9</sup> J. A., 1948-V, p. 6 (Nº 73).

<sup>10</sup> I. A., 1948-IV, p. 3 (Nº 11).

<sup>11</sup> J. A., 1951-IV, p. 311.

razones de conveniencia y luego impugnarlo de nulidad porque no se tuvo noticia.

La cosa juzgada sería la nulidad, como recuerda Eddier Froham ("Tratado de los recursos en el proceso civil", p. 225, 3ª ed.), aun en los procesos ordinarios y en sede civil. La suerte del proceso no puede quedar indefinidamente expuesta a tales impugnaciones (*ibidem*, p. 232 y fallos citados a pie de página). La nulidad como forma de sanción es positiva (C. Pr. Cr., art. 696) y no puede extenderse por analogía (C. Pr. Cr., art. 12) en contra del amparado.

30) Conclusión. — Entiendo que no existen vicios de procedimiento ni adarques en la sentencia, ni se ha omitido en autos diligencias que podrían afectar derechos esenciales del amparado o del ministerio público, únicas partes del proceso. Tampoco V. S. ha evitado la realización de actos destinados a probar la verosimilitud del agravio y, por el contrario, ha agotado los medios a su alcance para recabar informes, conocer actuaciones y escuchar la opinión de los asesores de la oficina administrativa pertinente. La nulidad no es la consecuencia sancionatoria por cuanto no ha habido infracciones en el juicio, cuya sentencia ha sido consentida, resultando fuera de término la impugnación efectuada, por quien no tiene derecho a ser parte, y se limita a alegar la nulidad por la nulidad misma.

IV) La impugnación subsidiaria. — Por cuanto se ha solicitado que no sea tenido al P. E. como parte en este proceso, considero que no puede concedérsele la apelación que subsidiariamente ha interpuesto su representante.

Por todo lo expuesto, pido a V. S.: tenga por consentida la vista conferida por el ministerio público; no tenga por parte al P. E. en esta causa; de trámite incidental a esta nulidad y ordene seguir el principal según su estado; rechace la nulidad planteada y no conceda el recurso de apelación interpuesto; tenga presente que el ministerio público deja planteado el caso conmutacional por violación de la garantía constitucional de libertad de aprender (Const. Nac., arts. 14 y 31), a los fines del recurso extraordinario previsto en el art. 14, ley 48. — *Guillermo J. Ovejuna*.

1ª INSTANCIA. — Buenos Aires, abril 1 de 1963. — Considerando: 1º Que ante los términos del escrito de f. 74 y los del decreto del P. E. N° 1930/63, que fotocopiado obra a f. 71/72, el juzgado dispuso solicitar "ad effectum videndi" las actuaciones que se habrían labrado en la Cám. Crim. ante la presentación del Dr. Guillermo J. Ovejuna, las que bajo el N° de expediente 1199/63 corren agregadas por cuenta.

Luego de ello se corrió vista a las partes, evacuando la suya el recurrente a f. 81 y el fiscal a f. 86, sin perjuicio de haber agregado nuevamente "ad effectum videndi" y a pedido del representante del ministerio público las actuaciones requeridas a f. 16 con toda la sustanciación practicada anteriormente aun en otras reparticiones del Estado.

2º Que el primer problema a analizar es el relacionado con la legislación procesal del ministerio público planteado en el ap. 1) del último dictamen del fiscal.

De lo que surge de todas las actuaciones, del considerando precedente, de lo dispuesto por el art. 537, C. Pr. Cr., referente al "habeas corpus", pero de aplicación supletoria y analógica a la acción de amparo en cuanto no sea incompatible con su naturaleza esencial (Corte Sup., fallo de ag. 26/1939, J. A., 1939-V, p. 467) como, por último, de la fundamentación que hace el Dr. Ovita en el referido apartado de su dictamen, que comparto y a él me remito "brevitatis causa", con ser ese punto un problema en alguna manera ajeno al que me incumbe resolver, ratifico la calidad procesal de parte en esta causa del fiscal en cuanto ha actuado en la misma "en ejercicio de su esencial función de velar por la fiel observancia (celoso custodio, agregaría yo) del orden jurídico", al decir del procurador "especial de la Nación Dr. Ramón Lacano, en la causa Morano, Adolfo y otros, "Fallos", 250, 844, citando por el subprocurador del Tesoro en su escrito de f. 74.

3º Establecido lo anterior pasará a analizar la cuestión relacionada con el reconocimiento de personería peticionado por el subprocurador del Tesoro, en representación del "Poder Ejecutivo" Nacional.

Siendo coherente con las resoluciones cuestionadas en dicha presentación y con lo que se expone más adelante en cuanto a la audición del Poder Ejecutivo Nacional y en relación a que la falta de dicha audiencia pudiera haber afectado al derecho constitucional de defensa consagrado en el art. 18 de nuestra Ley Suprema, debo considerar que la misma es en buena manera insólita, carácter que proviene, a mi entender, de un examen o evaluación errónea, y tal vez aún injusta, de las medidas dispuestas con motivo de esta acción de amparo, destinadas a escuchar debidamente a quien sería el autor de los hechos u omisiones que se señalaban como transgresores de derechos y garantías constitucionales y que motivaron aquella inconstitución aludida.

Entiendo que el Poder Ejecutivo Nacional ha sido oído suficiente y repetidamente en esta causa, y si bien pudiera alegarse que esa audición no ha creado una auténtica y formal personería, a la manera de la que se exige en los procesos comunes con reglas más rigurosas que las que rigen ese procedimiento de creación precoriana, no es menos cierto que aquella audición no ha sido violada, por lo cual esa petición de personería aparecería como una superfección no sólo innecesaria sino superflua.

Bato basta en principio para rechazar la presentación de f. 74.

La resistencia del Poder Ejecutivo a cumplir una orden judicial, la originalidad de la acción de amparo interpuesta, así como también la singularidad de la presentación del Poder Ejecutivo (que permite por su índole resumirse la cuestión a la luz de sus actitudes contradictorias) y a la am-

plitud que el juzgado deba dar al debate de estas cuestiones, parecería que en extremo son razones que pudieran moverme a considerar favorablemente tal petición acordando la personería solicitada con vistas a un exhaustivo análisis del caso planteado.

Creo, sin embargo, en definitiva, que no son esas razones suficientes para admitir una participación superflua e ilegítima.

Creo, en principio, como el fiscal, que los agravios cuyos efectos se busca destituir son los que ofenden la constitucionalidad, o dicho por contraria, los que pecan de inconstitucionalidad. Diverjo, en cambio, en un punto que considero de importancia, pues afirmadas las cosas de aquella manera, dichas acciones aparecerían como muy abstractas o muy impersonales.

Las acciones u omisiones inconstitucionales no se traducen sino a través de la actividad o inactividad de agentes, privados o públicos (caso Kot, Corte Sup., "Fallos", 341, 391) que actuando de cualquier manera, dando órdenes, dictando decretos, sancionando leyes, formulando sentencias o moviéndose al son de las más variadas actividades particulares, violan por sí o a través de resoluciones o normas, los derechos y garantías consagrados en la Const. Nac. Por ello es que las viola o las puede violar el funcionario del Poder Ejecutivo por mediación de una resolución, el Congreso por mediación de una ley, el juez por mediación de una sentencia o el particular por mediación de actos de su diario trabajo.

Admitiendo que el Estado sea sinónimo de "Derecho", no creo que sea cierto extender más allá la sinonimia (salvo que lo hagamos en categoría de "deiderstium") al punto que lo coloquemos también al Estado como sinónimo de "Justicia" o de "Moral". Es por ello que en muy buena medida no puede sorprender que el Estado, sinónimo de "Derecho" y que "debería" ser también sinónimo y al vez modelo de "Justicia" y "Moral" muchas veces a través del accionar de sus agentes de cualquier tipo y a través de cualquiera de las ramas de su gobierno discrimine racialmente, banque el juego, regle la prostitución o prenda en la esquina de una cárcel a detenidos que momentos antes un Juez dejó en libertad por virtud de un recurso de "habeas corpus".

Según el Poder Ejecutivo Nacional a través de la presentación del sub-procurador del Tesoro el juez que escribe eso sería un violador o trasgresor de la Constitución Nacional por no haberlo oído en juicio. En cambio yo, a través de mis sentencias he considerado que ha sido el Poder Ejecutivo quien violó la Ley Suprema al ofender el derecho de aprender de Diego Alonso de Celada, y, como a mí entender, los particulares y aún el Estado, por más sinónimo de Derecho que éste sea, pueden actuar injurta o ilegítimamente (en este caso como trasgresores de la Const. Nac.) fue por ello que se me impuso como imperativo categórico amparar al recurrente.

Creo haber oído suficientemente al Poder Ejecutivo Nacional durante el curso de esta acción perniciosa y ni aun poniéndome al servicio de esa

ampliada, corresponde tener por parte al subprocurador del Tesoro, que en contemporanea e incoherente postura pretende, como mandatario del Poder Ejecutivo Nacional, irumpir en el proceso de amparo, al servicio de un interés que no aparece diáfano o visible, como con otras palabras lo sostiene concretamente el fiscal en el apartado II de su último dictamen.

4º La presentación del Poder Ejecutivo plantea sus agravios a través de una doble fórmula (sin contar el eventual caso federal) que se manifiestan a través de una "declaración de nulidad de todo lo actuado" (a pesar de que se lo expresa con oscuridad en el petitorio, del resto del escrito cabe entender que es un incidente planteado ante mí, a la manera del legislado en los arts. 48 a 51, ley 14.237<sup>12</sup> reformada por el decreto ley 23.398<sup>13</sup>, de aplicación supletoria para toda la justicia nacional atento lo dispuesto en el art. 93 del mismo texto legal) y recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria contra las resoluciones mencionadas en el exordio.

Con respecto al recurso ya lo analizé al final, pero el planteo de nulidad permite entrar a tratar la cuestión de inmediato.

5º Atento las conclusiones expuestas en los dos considerandos precedentes, creo que estoy en condiciones de oír al Poder Ejecutivo nuevamente. Ojalá así, pues, entrando esta vez a tratar la nulidad interpuesta por el subprocurador del Tesoro.

a) El planteo de nulidad que se formula ante el mismo seneciente permite entrar a considerar la nulidad en sí. Más aún, como se va al fondo de la cuestión para dejar sentado que no se plantea la nulidad por la nulidad misma sino que asisten razones (que se prometen pero no se fundan) para el proceder del Poder Ejecutivo al incumplir las órdenes judiciales, corresponde reexaminar la cuestión no sólo en cuanto al fondo del asunto, sino en cuanto al procedimiento que se imprimió a la acción de amparo y a las medidas procesales que en su consecuencia se dictaron.

b) Con vista a ese examen, un relato de su tramitación se puede extraer del considerando 1º de la sentencia de f. 32 al cual me remito "brevemente causa", pero no está demás recalcar las antinómicas, asombrosas y violatorias conclusiones del jefe del Servicio Nac. de Enseñanza Privada que en su resolución de dic. 23/964, que obra en el expediente Nº 47.181-65 del Min. de Educación y Justicia, que corre por cuenta floja, resolución confirmatoria parcialmente del dictamen del asesor letrado Dr. Galli, que escuetamente dispone lo siguiente: "Apercibir al Colegio por adoptar una sanción no prevista en el Reglamento General para la Enseñanza Secundaria; disponer una información por medio de un profesor supervisor", y en cuanto al alumno Diego Alonso de Celada, que suspendido "momentáneamente" era el objeto y motivo principal de las peticiones de fs. 3 y 8 formuladas

<sup>12</sup> J. A., 1953-IV, sec. leg., p. 8.

<sup>13</sup> J. A., 1953-I, sec. doc., p. 33, en nota.

por su padre, no se dice absolutamente nada, ni siquiera siguiendo la línea equivocada que con relación a un caso no solicitado ni por el alumno ni por su padre, señala el Dr. Galli en su dictamen de f. 13 de las referidas actuaciones.

c) Como lo señala el fiscal en su dictamen precedente, entiendo que se ha oído suficiente y repetidamente al Poder Ejecutivo en esta acción de amparo. Si en cuanto a la resolución en sí, es decir a la sentencia creo haber obrado celosamente a fin de "extremar la ponderación y prudencia" que es regla pretrazada nos legó la Corte Suprema Nacional en el caso "Kof", creo también que esa ponderación y prudencia me guió durante su susanciación. Entiendo no haber desmenuado con la conciencia posible que en el manejo del amparo constitucional mostraron los jueces y que Alfredo Ogas señala con satisfacción analizando el temor que en algunos círculos habían causado los fallos de la Corte Suprema en los casos Sizi y Kot, ante la posibilidad de que los jueces interferieran peligrosamente en el ejercicio de las atribuciones de los otros poderes de gobierno menoscabando el equilibrio institucional.

"Los jueces", dice Ogas "han actuado en general, con una encomiable dirección —que no puede serperder desde luego, en quienes ejercen tan alto ministerio— y puede afirmarse que algunas veces "són con tímidos" ("El recurso de amparo", ed. De Palma, p. 34), y la puntualización que hace el fiscal en el ap. III, 26, a) a f), basta para demostrar el respeto y preocupación que he tenido en oír al Poder Ejecutivo en el presente caso.

A través de un informe no repido, por el oficio n.º voluntario del jefe de Enseñanza Privada obrante a fs. 18/9, a través de las actuaciones labradas bajo el N° 4909/64 agregadas a la causa (concomitantes de fs. 22 y va.), a través de la declaración del Asesor Legal del Servicio, Dr. Carlos J. Galli obrante a f. 23 y a través de los reglamentos aplicables solicitados a dicho organismo que son remitidos y reservados en secretaría, hay una reiterada presencia del Poder Ejecutivo en el ámbito jurisdiccional del amparo, tan es así ello que el Poder Ejecutivo por intermedio del Servicio Nac. de Enseñanza Privada, "per se", sin discutir personaliter ni buscar el auxilio de mayores jerarquías acaja y no apela el fallo primero, claro está que menoscándolo a su manera y desvirtuándolo en sus efectos.

No puede dejar de señalarse que el asesor letrado del Servicio Nacional de Enseñanza Privada, en su dictamen de fs. 18 del expte. N° 47.181 del Min. de Educación y Justicia que corre por casada floja, sostiene que: "Razones de oportunidad y de orden práctico aconsejan acasar el fallo. Aconsejo, en consecuencia, que quede consentido por el transcurso del término procesal sin solicitar a la superioridad que se disponga lo necesario para apellarlo"; es decir que quien de asesoramiento técnico-jurídico al jefe del referido servicio administrativo, está reconociendo evidentemente que dicho organismo del Min. de Educación y Justicia tiene suficiente capacidad en derecho para apelar "per se" las resoluciones que contrarian su accionar o no accionar,

pues si se considerara facultado para conceder una sentencia, que por lo visto le trae dudas con respecto a posibles agravios que la misma pueda ocasionar al Servicio, no puede sino concluirse que también se consideraba con suficientes facultades para apelarla en caso de que sin hesitación admitiera que causaba gravísimos irreparables.

Pero, a mayor abundamiento, debe notarse una circunstancia más. Como surge del expediente N° 43.133/63 del Min. de Educación y Justicia agregado por cuerda a esta causa en virtud de la medida que para mejor proveer se dicta a f. 98, se llega también a la conclusión de que el Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio respectivo de Educación y Justicia, en jeneraía más elevada que el referido Servicio Nac. de Enseñanza Privada, toma conocimiento de las dos sentencias dictadas en el amparo con fechas febrero 4 y 23 ppdo., pues así lo hace saber reiteradamente el padre del alumno perjudicado en sendas notas de fechas de entrada al citado Ministerio, febrero 12 y febrero 23 ppdo., respectivamente, que llegan al mismo con antelación al pase que María Alba Bionca, jefe del Servicio Pedagógico s/c del Servicio Nac. de la Enseñanza Privada, dispone a fs. 23/3 del otro expediente número 47.181, por todo lo cual no cabe sino concluir que esta contemporánea presentación se hace superabundante y superflua.

Sin embargo, con el segundo fallo, que terminantemente aclara que el alumno Diego Alonso de Celada debe rendir en calidad de "regular" y no de "libre" como había dispuesto el servicio, parecería que se causa singular escocor, y por razones que escapan aparentemente a la comprensión, dado que el caso no es de tremenda trascendencia, comienza una resistencia insinuada que a la más sana lógica aparecería inexplicable sino enigmática, pues dable era admitir que si no existe otra categoría para los alumnos que la de regulares y libres, los funcionarios no pueden mostrar tal falta de permeabilidad y elasticidad para querer colocar en la categoría del libre, con todas las implicancias desfavorables que ello importa, a un alumno "que perdió su calidad de regular por un acto de terceros que la propia autoridad calificó en su momento como arbitrario". Un evidente caso de fuerza mayor al cual era ajeno el alumno, es la medida en que su posible falta, muy discutida por cierto, había sido sancionada con una suspensión "sine die" o—talmente antireglamentaria, que "a posteriori", se había pretendido cohermenar con un pase antireglamentario que no hacía otra cosa que traer un remedio para el caso por que la enfermedad.

d "Brevitatis causa" me remito plenamente a los sendos argumentos sostenidos por el fiscal en el apartado III de su tercer dictamen referido en su N° 17 al pronunciamiento del juez en cuanto a la nulidad; en su N° 18 al trámite incidental de la misma; en los Nros. 19, 20 y 21 referentes a las formas del proceso en esta acción de amparo; en los Nros. 22, 23, 24 y 25, en cuanto a la presentación de querer ubicar esta acción de amparo como si fuera una acción civil contra la Nación en su carácter de persona jurídica y no en su condición de potestad pública, apoyándose para ello en la ley

1953; en los Nros. 26 y 27 en cuanto a los procedimientos adoptados en juicios para oír al Poder Ejecutivo y que ya fuera tratado en el anterior inciso de este considerando; en el N° 28 en cuanto a la persecución de la nulidad para satisfacer prurios formales, pues como dice Costare ("Fundamentos del derecho procesal civil", p. 221) "la doctrina y jurisprudencia son uniformes en el sentido de que la nulidad sólo puede hacerse valer cuando a consecuencia de ella quedan indefensos los intereses del litigante o de ciertos terceros a quienes alcanza la sentencia. "Sin ese ataque al derecho, la nulidad no tiene porque reclamarse y su declaración carece de sentido", o dicho con otras palabras, "hay un principio dentro del derecho procesal que afirma que no hay nulidad sin intereses o sin perjuicio: vale decir, "no hay nulidad en beneficio de la ley" (Discusión parlamentaria de la ley 14.237, "Diario de Ses. Senado" ag. 26/953, p. 368 y ss.) y, por último, en el N° 29 en cuanto a la admisión de la primera sentencia y a su pretendida ejecución por el organismo administrativo con desnaturalización de lo ordenado por el órgano jurisprudencial, todo ello, claro está, sin perjuicio de sumar algunas otras consideraciones que presumo son de mucha utilidad para el esclarecimiento de las cuestiones debatidas.

c) La presentación del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto a la nulidad, finca posiciones haciendo argumentos de lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en el caso *Morano, Adolfo y otros* ("Fallos", 250, 844 y J. A. 1952-IV, p. 231, con nota de Germán J. Bidart Campos).

Por cierto que pareciera que la cita se hubiera realizado acompañando las consecuencias del resumen o sumario jurisprudencial que generalmente acompaña a los fallos, pues de haberse dado peltija lectura del mismo y del dictamen del Procurador General de la Nación, se habría podido observar de no arribar a erróneas conclusiones jurídicas por la consideración de circunstancias fácticas procesales muy distintas, que casi se podrían tomar como contrarias o antinómicas a las del caso citado.

El resguardo que en ese fallo se hace de los principios generales del derecho procesal y de la garantía de la defensa en juicio no pueden ser dejados de lado al servicio de la vía excepcional del amparo, se basan en una transición procesal totalmente distinta a la que imprimió al amparo de Diego Alonso de Celada.

Ya en su dictamen y examinado "las circunstancias del sub iudice" "dice" poco más adelante el procurador general de la Nación: "Oído el ministro público, pero sin «requerir informes al Poder Ejecutivo» (pareciera que ésto sólo le bastaba, el ente parónomus es mío) ni darle intervención alguna en la causa, el juez dictó sentencia".

A continuación sostiene: "Contra esta sentencia, el procurador general del trabajo interpuso a f. 103 recurso extraordinario. En él ha hecho notar debidamente que este ministerio no ha participado en el juicio como repre-

sesante del Poder Ejecutivo —al cual, repito—, no se le ha dado intervención en los autos sino en ejercicio de su esencial función de velar por la fiel observancia del orden jurídico.

Sin entrar a tratar las implicancias que pueden extraerse de este párrafo en cuanto al problema que jurídicamente y en su calidad de funcionario, con muy elevado tono por cierto, ha preocupado y preocupa al Dr. Ouyifia (¿y porque no también al jugador!) en cuanto a la función esencial de velar por la fiel observancia del orden jurídico y a la discutida duplicidad de mandatos o subordinaciones del ministerio público, adentrando ya al fallo de la Corte Suprema se extraen conclusiones mucho más claras en cuanto a la diferencia procesal de aquel caso y del sub júdice.

Indicados los principios sentados en el primer considerando del fallo Morano, no puede sustraerse, pues es una exigencia ineludible materialmente el consid. 2º, que dice así:

"Que tal exigencia (garantía del derecho de defensa) no aparece satisfecha en el caso. Consta, en efecto, que la demanda fue incoada contra el Estado Nacional (véase sobre todo lo dicho a f. 32) y que, sin embargo, "este no tuvo noticia del presente juicio y ciertamente no participó de ningún modo en él". Las "únicas" diligencias efectuadas entre el momento de la incoación de la demanda y la emisión de la sentencia de 1ª instancia "han sido las siguientes": a) la presentación del apoderado de los demandados, quien agregó diversos documentos; b) la vista corrida al representante del ministerio público y evacuada por éste. "Ninguna" otra diligencia procesal fue realizada, salvo las apelaciones posteriores, lo que supone que ni se cumplió el límite ni se observaron los recaudos mínimos que necesariamente deben acompañar a toda demanda contra el Estado Nacional, "el que no tuvo oportunidad de comparecer ante jueces de la causa". A lo que todavía cabe añadir que, como se señala a f. 109 vta., el aludido representante del ministerio público no asumió, en la emergencia, la función que le atribuye el artículo 21, inc. a), decreto ley respectivo (ley 12.948)<sup>14</sup> según lo acredita decisivamente la circunstancia de que, al evacuar la vista que se le corrió haya el sostenido que hacer lugar a la demanda equivaldría condenar "inadúta parte" el Estado Nacional". Los encomillados son míos.

Sin entrar a considerar el "aludido" referente al art. 21, inciso a), ley 12.948, de creación de los tribunales del Trabajo, que establece que corresponde al ministerio público de esa jurisdicción: a) representar y defender los "intereses fiscales", y que en realidad es colateral al problema que se plantea en autos y ha merecido debido tratamiento en el consid. 1º, me interesa sí destacar que en el caso Morano el juez de 1ª instancia cesó a sentenciar "in límite", pues, como lo destaca la Corte Suprema, después de la interposición de la "demanda", pervia a la sentencia, únicamente se produce

<sup>14</sup> J. A., 1947-I, sec. leg., p. 35.

una agregación de documentos por el apoderado de los recurrentes y la vista corrida al representante del ministerio público. Como lo dice el Alto Tribunal "exco dos" son las "únicas" diligencias efectuadas entre demanda y sentencia, y como lo recaló más adelante, "ninguna" otra negligencia procesal fue realizada salvo las apelaciones posteriores.

¿Puede luego de este examen comparativo sostenerse sensatamente que el precedente que constituye el caso Marano, de tal distinta realidad procesal, sea aplicado al caso de autos al cual se agregaron las actuaciones N° 4909/64 del Servicio Nac. de Enseñanza Privada y se opú a su jefe y a su asesor letrado, Sr. Roschimo y Dr. Galli a través del informe y de la declaración que obran a fs. 18 y 23, respectivamente, de estos autos y finalmente se agrega al expediente N° 13.133/63 y sus agregados del Min. de Educación y Justicia de la Nación? Entiendo que la contestación no puede ser sino por la negativa y la difianidad del caso me excusa de mayores comentarios.

f) Creo que no existen voces discordantes en cuanto a admitir que a la acción posterior (o aún reglada) de amparo no se le pueda exigir el rigorismo procesal de los juicios ordinarios, aunque más no sea, que en relación a la constitución de las partes en juicio.

Sin dejar de reconocer que "es el punto neurálgico y más espinoso para resolver al reglar la tramitación del amparo", Carlos J. Rubiense, demuestra que existe una amplia y pacífica corriente en la doctrina y en la ley, en cuanto a que no es posible regular de manera rigurosa y exigente la presencia en juicio del transgresor constitucional ("Las reglas de notificación en la acción de amparo", J. A. 1964-VI, sec. doc., p. 11).

Entiendo que el estado de controversia o alteración no importa bilateralidad en juicio, como colateralmente lo aconseja al trazar el problema de la declaración de inconstitucionalidad en la acción de amparo en la causa Novonad Juan (J. A., 1964-IV, p. 331), pero aún los que se colocan en aquella postura, llegan a admitir que la condición de parte no puede revertirse del ritualismo riguroso de los juicios ordinarios. Así, Bidart Campos en "La bilateralidad en el juicio de amparo" nota al caso Marano publicado en J. A., 1963-IV, p. 231, reconoce, a pesar de la postura que adopta, que si bien la celeridad del remedio obliga a "minimizar" la intervención de las partes en el proceso —que gira, como lo hecos dicho, fundamentalmente en torno al hecho leuivo— el juez debe conocer por "cualquier vía aunque sea despojada de toda formalidad". O lo que alegan ambas partes (el comillado es mío), pero lo interesante es destacar, ya sea en uno y otro campo (unilateralidad o bilateralidad), leyes provinciales, proyectos, anteproyectos, jurisprudencia y doctrina coinciden en que debe liberarse el amparo de todo ritualismo consuetudinario de la libertad con que debe manejar el juez esta acción, dentro por supuesto de la discreción y la prudencia propias de los magistrados de que habla Orgaz.

Es por ello que en la omis de que "debe oírse" al que ofende el dere-

cho constitucional, pero reduciendo prudencialmente el derecho de audiencia para no desvirtuar el sentido del reclamo, esda, entre otros, la Corte Suprema (caso "Fallos", 241, 191); Lino E. Palacios ("La acción de amparo su régimen procesal"), ("La Ley", t. 96, p. 867); Alfredo Orgaz, ("La Ley", t. 102, p. 1072); Carlos J. Rubianes (trabajo citado *ut supra*), etcétera.

Rubianes en la monografía citada enumera una serie de medidas realizables dentro del arbitrio judicial, que entiendo ejemplificativas dada la variabilidad de las situaciones que son susceptibles de presentarse, a saber: a) la remisión de lo actuado por la autoridad administrativa; b) inspecciones oculares; c) interrogatorios indagativos a determinadas personas; d) el "clásico" informe o e) la audiencia respectiva.

Cabe afirmar, pues, para concluir, y de acuerdo al dicho de Orgaz en "La Ley", t. 102, p. 1072, que hay que "dejar al juez para que por sí mismo, de acuerdo con las circunstancias, adopte el medio más conveniente para la averiguación de los hechos, con tal, desde luego, que la autoridad (o el particular trasgresor, agregaría yo) sea oído".

g) Aunque ya se lo dijera anteriormente, vuelvo a insistir, esta vez con claridad y concisión, que tal como surge de las acusaciones N° 4909/64 del Servicio Nac. de Erección Privada (actualmente expediente N° 47.181/65 del Min. de Educación y Justicia según surge de la carátula y nota de f. 97 de este recurso) que corren agregados, a pesar de las manifestadas inexactitudes que allí se expresan (suspensión provisoria desde junio 20 a agosto 4; en las presentaciones de fs. 3 a 5 y 8 a 9 Manuel F. Alonso de Celada no solicitaba medida alguna respecto de su hijo; que el recurrente no había agotado la vía administrativa; que el sentenciante, con asombro, excedía los límites del recurso de amparo; que se anuló el pase porque fue expedido para un establecimiento que aplica otro plan de estudios, cuando no se anuló tal pase y sólo se dijo que no correspondía porque no lo había solicitado ni el alumno ni el padre y una serie de inexactitudes jurídicas y administrativas más que no hacen sino poner de resalta una evidente falta de toda elasticidad funcional puesta al servicio de una evidente parcialidad e injusticia). A fs. 3 a 25 de las mismas la Sra. jefa a cargo del servicio, María Alba Bionca, admite, aunque ahora con consideraciones de otro tenor, haber actuado "per se" y con dictamen favorable del asesor letrado Carlos José Galli, el fallo de feb. 4/65.

No creo que deba agregar más fundamentos a las fuertes razones que a este respecto formula el fiscal, Dr. Ovella en el ap. II, 11 de su último dictamen.

Cuando uno piensa que un Presidente de la Nación tiene que firmar decretos del tenor y sustancia del N° 315/63, por ejemplo, no aparece por cierto como muy jurídico, ni como pragmático, ni hasta casi humano, pretendiendo que acciones como la presente tengan que tenerse como obras y responsable de informes o notificaciones.

h.) Por las razones aducidas por el fiscal en el apartado III, 18, de su precedente dictamen, que por compartido a él me remito por motivos de brevedad, atento además lo dispuesto en los arts. 47, 49, 50 y 93, ley 14.237, modificada por el decreto ley 23.398/56, y lo resuelto por la Cámara del fuero en las causas Nicomeirin, en set. 29/950, y Freja, en mar. 15/949 y Bracon, de dic. 20/941 (Cám. Apel. Crim. y Corr.), corresponde tramitar la nulidad inescrupa en forma de incidente que se substanciará por separado.

6° Como bien lo dice el fiscal en el ap. IV) de su último dictamen, al concluir que el Poder Ejecutivo no puede ser tenido por parte en esta acción de amparo, no corresponde conceder la apelación inescrupa subsidiariamente.

Por todo lo cual, de conformidad a lo solicitado por el fiscal, con sujeción de autos, jurisprudencia y doctrina citada, estuelsen ratificar que considero parte legítima en este juicio al fiscal a cargo de la Fiscalía N° 11, Dr. Guillermo J. Ovella, como representante del ministerio público (art. 118, inc. 4, C. P. Cr.); no tener por parte en este juicio al Poder Ejecutivo Nacional, dar trámite incidental a la nulidad planteada, que se substanciará por separado, a cuyo fin se formará incidente que correrá por cuenta foja con la presentación, escritos y documentos de fs. 71 al 83 via, 96 y la presente sentencia; no hacer lugar al pedido de nulidad de todo lo actuado, requerido por el Poder Ejecutivo Nacional; no hacer lugar al recurso de apelación deducido en subsidio por el Poder Ejecutivo Nacional contra las resoluciones de febrero 4, febrero 22 y mar. 10/965; tener presente el planteamiento del caso federal formulado por el subprocurador del Tesoro de la Nación, el recurrente Manuel E. Alonso de Celada y el fiscal, disponer que vuelvan los autos a despacho para resolver lo que correspondiere en el principal. Notifíquese a la parte y al subprocurador del Tesoro de la Nación por cédula donde se transcribirá la parte resolutive de la presente sentencia y regístrese. — *Carter R. Arigón* (Sec.: Guillermo R. Navarro).

2° INSTANCIA. — Buenos Aires, mayo 7 de 1965. — ¿Es justa la sentencia apelada?

El Dr. Celada dijo:

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la especialísima naturaleza de la acción de amparo no excluye la necesaria observancia de los principios que regulan el derecho de defensas en juicio y, en particular, el que corresponde a la parte contraria, eso es, aquella contra la cual se dirige la demanda ("Fallos": 248, 30; 250, 844; 251, 86; 252, 134<sup>13</sup>, etc.).

En el presente caso la acción intentada no puede considerarse enderezada sino contra el Poder Ejecutivo, por cuanto éste tiene a su cargo la ad-

<sup>13</sup> J. A., 1963-VI, p. 332.

ministración general del país y es responsable último de los actos realizados por los funcionarios que de él dependen (art. 86, inc. 1, Const. Nac.), mientras no se trate de organismos que puedan actuar en juicio en virtud de representación otorgada por la ley.

Por esta razón resultaba obligado en el caso acordar intervención en estos autos al Poder Ejecutivo, sin que ella pueda considerarse suplida por la actuación informativa cumplida por el Servicio Nac. de Espectáculos Privada o por la notificación a la misma de la revocación a f. 52 del principal, ni tampoco por la circunstancia de haberse oído al fiscal de 1ª instancia. Lo primero, porque el citado organismo administrativo carece de facultades legales para representar a la Nación en juicio (conf. lo resuelto por la sala en lo contencioso administrativo de la Cám. ed. Cap. in re Ortiz J. C., s/rec. de amparo, en nov. 28/1964); y lo segundo porque el fiscal ha manifestado en forma expresa que no actúa en representación del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de señalar también que la Corte Suprema de la Nación ha establecido claramente que la falta de intervención del Estado Nacional no se bonifica por la simple actuación del ministerio público en su carácter de tal ("Fallos": 250, 844 y decisión de la Cám. Fed. antes citada).

Por ello, de conformidad con lo resuelto en los casos que se acaban de mencionar y también en el fallo dictado por esta sala in re De Pico, Juan (s/recurso de amparo, diciembre 11 ppdo.), surgiendo del sub iudice que se ha dictado resolución sin oír a la parte interesada, lo actuado es inútil y sin valor.

Esta conclusión, no solamente determina la necesidad de admitir la personería del subprocurador general de la Nación en representación del Poder Ejecutivo (ver decreto N° 1920/63, fotocopiado a fs. 1/2), sino también la necesaria nulidad de lo actuado en el principal por haber sido revocado el caso "laudita parte".

En consecuencia, voto porque se revoque lo decidido en los puntos 2º y 4º del fallo conlante a fs. 24/35 de este incidente y se declare nulo todo lo actuado en el expor. N° 2370 a partir del decreto de f. 14, in fine.

El Dr. Fresa dijo:

Adhiero a la nulidad postulada en el voto del Dr. Cabral, con la salvedad de que, a mi juicio, la decisión administrativa tomada a f. 19 del expediente N° 47.181, ajena a la litis, mantiene su vigencia, ya que, aun cuando fuere resultado de una orden judicial que ahora invalidamos, está fuera de nuestro poder de decisión y reconoció al alumno una situación excepcional de la que no puede ser privado.

El Dr. Ranzó dijo:

En mi concepto y tal como lo señala el Dr. Cabral en su voto, el criterio jurisprudencial que en materia de amparo se ha elaborado a través de

sucesivos fallos judiciales y, en particular, a partir del caso *Morano*, ha ido afirmando en forma progresiva el principio de que aún dentro del trámite excepcional y no reglado de dicha acción, es indispensable para que quede a salvo la garantía de la defensa en juicio una mínima audiencia o noticia de quien resulte su destinatario; así como que, por las razones que también expresa, no puede ser desconocido en el caso concreto al Poder Ejecutivo Nacional. Sobre todo, teniendo en cuenta que, pese a la flexibilidad del criterio con que debe gobernarse este principio para no caer en situaciones capaces de limitar su eficacia, no cabe reparar satisfecho en la especie tal extremo por vía de notificación, emplazamiento, pedido de informes, solicitud de remisión de antecedentes u otro procedimiento cualquiera que pudiere haber convalidado adversamente cierta de la interposición de la demanda, y terminado paralelamente exigible a dicho Poder una presentación anterior en los autos de que se trata.

En omisión de tal recaudo que, como se lo precisa en el voto citado, tampoco se suple con la intervención del fiscal ni las actuaciones cumplidas en los expedientes administrativos que obran por cuenta, y frente a la reivindicación por parte de quien reviste, el carácter de jefe de la Administración Pública de funciones y atribuciones que ejerce por medio de organismos y dependencias no descentralizadas y que, en última instancia, están sometidas a su autoridad directa, considero, pues, que no puede negarse razón a la cuestión que se plantea en su nombre y representación para atacar de nulidad lo obrado en los autos principales. Ello, por cuanto, como controlador del orden y la legalidad, corresponde a la Justicia asegurar la vigencia de las garantías constitucionales tanto en favor de los ciudadanos, como en el de los organismos o poderes estatales que puedan aparecer directamente interesados en los resultados de cualquier juicio.

Por tales consideraciones y las concordantes que le sirven de fundamento, adhiero al voto del Dr. Cabral.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve revocar lo dictado en los puntos 2.º y 3.º del ítem referente al N.º 24752 de ese trámite y declarar nulo todo lo actuado en el expediente N.º 2570 a partir del decreto de f. 14, in fine.— Luis C. Cabral.— Mario H. Pons. — Mario S. Roca (Sec.: Raúl Nouilles).