
**FALLOS
DE LA
CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA NACION**

TOMO 333

Volumen 2

2010

**SITIO WEB DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

<http://www.csjn.gov.ar/> • <http://www.cij.csjn.gov.ar/>

• **NOVEDADES**

• **JURISPRUDENCIA**

- CONSULTA TEMÁTICA EN SUMARIOS-FALLO Y DICTAMEN
Parte de los fallos elegidos para esta base integran la presente publicación

- CONSULTA DE TEXTOS FALLOS COMPLETOS
Sin sumarios

- LISTA DE SENTENCIAS RECIENTES

La presente obra se complementa con un CD con la jurisprudencia citada en el presente tomo, dictada por los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período junio-septiembre del año 2010. En el mismo se puede acceder al texto completo digitalizado de los fallos para facilitar su consulta.

R E P U B L I C A A R G E N T I N A

Año del Bicentenario

FALLOS

DE LA

C O R T E S U P R E M A

DE

J U S T I C I A D E L A N A C I O N

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 333 — VOLUMEN 2

JUNIO - SEPTIEMBRE

LA LEY S.A.E. e I.

Tucumán 1471 (1050) Buenos Aires

2010

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 333 II Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010.

v. 2, 1216 p. + CD; 24×16 cm.

ISBN 978-987-1625-10-9

1. Corte Suprema de Justicia. Fallos.

CDD 347.077

Copyright (c) 2010 by Corte Suprema de Justicia de la Nación

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

I.S.B.N. 978-987-1625-10-9

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

JUNIO

M. B. A. Y OTRO C/ EN – M° PLANIFICACIÓN – DTO. 118/06 (ST)

DISCAPACIDAD.

Aun cuando los actores –integrantes de una familia e impedidos de movilizarse por sus propios medios– ya obtuvieron los pasajes gratuitos que reclamaron para viajar todos juntos en el mismo ómnibus, en virtud de lo dispuesto en la ley 25.635 y el decreto 38/04, circunstancia por la cual el Estado Nacional demandado sostiene que la cuestión debatida ha devenido abstracta, es necesario un pronunciamiento sobre las cuestiones involucradas en la causa, dada la certeza de que un conflicto similar se reitere mientras las normas cuya constitucionalidad se impugnan –art. 4º, inc. b, del decreto 118/06, reglamentario de las leyes 22.431 y 25.635, que limita aquél derecho de gratuidad invocado–, continúen vigentes, siendo inadmisibles que los recurrentes deban iniciar una acción judicial ante cada negativa que reciban a su pedido de contar con pasajes gratuitos para viajar en un mismo ómnibus el grupo familiar más un acompañante, pues ello no sólo infringiría la garantía constitucional de acceder a la justicia en procura de obtener tutela para los derechos que estiman que les asiste.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DISCAPACIDAD.

El art. 4º, inc. b) del decreto 118/06 –en cuanto limita el beneficio de transporte gratuito para la personas con discapacidad, a una plaza para el discapacitado y una para su acompañante si el servicio cuanta con hasta cincuenta y cuatro asientos y a dos plazas para discapacitados y su acompañante, si la capacidad del vehículo de transporte fuera mayor–, es irrazonable y no se ajusta al espíritu de las leyes 22.431 y 25.635 –protección integral para dichas personas–, pues la amplitud de criterio que ha guiado al legislador en esta materia se ve restringida por aquella limitación en cuanto se pretende aplicar a la situación de los actores –familia integrada por cuatro personas con discapacidad para movilizarse que requieren de acompañantes–, al mismo tiempo que presenta como frustratoria de los derechos que les confiere la ley a fin de que puedan contar con posibilidades reales de integración, impidiéndoseles de participar en igualdad de condiciones y con equiparación de oportunidades junto al resto de la población, que las autoridades deben garantizar tanto porque así lo disponen la legislación interna como los tratados internacionales suscritos por la Nación.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DISCAPACIDAD.

Aun cuando los actores –familia integrada por cuatro personas con discapacidad para movilizarse y que requieren acompañantes– ya obtuvieron en forma gratuita los pasajes que reclamaron para viajar todos juntos en el mismo ómnibus, circunstancia por la cual el Estado Nacional demandado sostiene que la cuestión debatida ha devenido abstracta, existe un interés en que la Corte se pronuncie, habida cuenta de la posibilidad de repetición de dicha cuestión, lo que justifica una decisión esclarecedora (Voto de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Mónica Beatriz Amado, por derecho propio y en representación de sus hijas menores, y Jorge Palavecino promovieron esta acción de amparo, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del art. 4º, inc. b), del decreto 118/06, reglamentario de las leyes 22.431 y 25.635, por entender que vulnera el límite del art. 99, inc. 2º), de la Constitución Nacional, en tanto altera irrazonablemente el espíritu de las leyes que reglamenta y por esa vía conculca el derecho a la igualdad real de oportunidades para las personas con discapacidad que reconocen tanto la Ley Fundamental como los tratados internacionales (fs. 2/6).

Relataron que todos los integrantes de la familia están impedidos de movilizarse por sus propios medios y que para ello necesitan de sillas de ruedas, en virtud de distintas patologías que padecen, así como que requieren de acompañantes para desplazarse.

Continuaron señalando que, a fin de realizar un viaje de esparcimiento que les concedió la Secretaría de Turismo, por medio del Programa Federal de Turismo Social –que incluye alojamiento y pensión completa pero no el traslado, porque aquel órgano consideró que los actores tienen derecho a obtener pasajes gratuitos en virtud de lo que disponen la ley 25.635 y el decreto 38/04–, en dos oportunidades se dirigieron a todas las empresas de transporte de larga distancia para solicitar boletos para el grupo familiar y un acompañante en un mismo ómnibus, pero todas se negaron a hacerlo, pues el art. 4º, inc. b),

del decreto 118/06 limita el derecho de gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte de colectivo de pasajeros que prevé la ley 25.635 a una plaza para discapacitado y otra para su acompañante por cada servicio si éste cuenta con cincuenta y cuatro asientos, o dos plazas para discapacitados y su acompañante si la capacidad fuera mayor.

– II –

A fs. 108/109, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) revocó la sentencia de primera instancia –que había declarado abstracta la cuestión en debate en virtud de que se cumplió la medida cautelar dictada en la causa, que había ordenado la entrega de pasajes para el grupo familiar– y consideró que el art. 4° del decreto 118/06 no se presenta como manifiestamente ilegítimo o arbitrario, sino que, por el contrario, resulta una reglamentación razonable de los derechos reconocidos por las leyes 22.431 y 25.635 a las personas con discapacidad.

Sin embargo, por decisión mayoritaria de los jueces que integran la cámara, dispuso que el Ministerio de Desarrollo Social arbitre las medidas que estime convenientes para brindar una solución equitativa a los problemas de los actores y, a fs. 111, el tribunal aclaró que la sentencia también debía notificarse al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

– III –

Contra aquel pronunciamiento del *a quo* tanto los actores como el Estado Nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios) dedujeron los recursos extraordinarios de fs. 114/122 y 124/134, respectivamente.

Como la cámara se pronunció únicamente sobre el recurso de los actores (fs. 173), en la anterior intervención de este Ministerio Público se indicó que correspondía devolverle las actuaciones para que se expidiera sobre el recurso extraordinario del Estado Nacional y que se le diera participación al Ministerio Público de la Defensa, en virtud de que en la causa se encuentran involucrados menores (fs. 179/180).

A fs. 187, la Corte Suprema remitió los autos a la cámara y luego de cumplir con los recaudos indicados, a fs. 199 se concedió el recurso extraordinario del Estado Nacional, en cuanto por su intermedio se cuestionan el alcance y la interpretación de normas de carácter federal.

Luego de la intervención del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que solicita que se revoque la sentencia apelada y se desestime el recurso del Estado Nacional, por los motivos que expone a fs. 204/209, el Tribunal dispuso remitir nuevamente los autos a esta Procuración General (fs. 210).

– IV –

Los actores critican la decisión por considerar que el rechazo al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 4º, inc. b), del decreto 118/06 les produce un agravio concreto y actual, aun cuando la sentencia dispuso que en razón de sus “*especialísimas circunstancias*” el Ministerio de Desarrollo Social adopte alguna excepción a la reglamentación. Sostienen que carece de sustento la afirmación de la cámara para desestimar su pretensión –que la inconstitucionalidad de aquella disposición afectaría la ecuación económico-financiera del servicio de transporte–, porque ello no tiene ningún respaldo. Recuerdan que durante la vigencia del decreto 38/04 y la resolución 32/04 de la Secretaría de Transportes no se establecieron cupos ni restricciones a la cantidad de pasajes para las personas discapacitadas.

También dicen que la sentencia tampoco tiene en cuenta que la norma que impugnan conculca el derecho a la igualdad real de oportunidades, pero no debido a sus “*especialísimas circunstancias*”, sino porque, al sostener la razonabilidad de la disposición, se interpreta que no se trata de un derecho sino de una dádiva y que ella puede tener limitaciones abusivas.

Por su parte, el Estado Nacional sostiene, en sustancial síntesis, que con desacertado criterio el *a quo* interpreta que, si bien los actores consiguieron los pasajes que reclamaban para viajar juntos, de todas formas no lograron una solución definitiva a sus problemas futuros. Ello constituye, en su opinión, una interpretación errada de la ley 16.986, pues lo normal es que cada vez que los actores deban viajar y no obtengan una respuesta satisfactoria, recién entonces planteen un amparo.

También cuestiona la decisión porque supone una invasión en la esfera de otro poder, en la medida en que obliga al Poder Ejecutivo a que dicte una nueva norma o modifique la existente. Asimismo, dice que la sentencia es arbitraria y autocontradictoria, porque pese a que convalida la reglamentación de las leyes 22.431 y 25.635, al desestimar la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 118/06, de todas formas pretende forzar la reglamentación mediante la imposición de ciertos y determinados actos para dejarla de lado. En tal sentido, sostiene que si aquel decreto es razonable –tal como lo declaró el *a quo*–, entonces no es necesario ningún tipo de excepción, pues ello afectaría la garantía constitucional de igualdad ante la ley y, de todas maneras, si correspondiera dictar una norma de excepción, esa facultad es exclusiva del órgano administrativo, sin que compete a los tribunales de justicia imponer esa decisión.

– V –

Ante todo, considero que se debe examinar si en el *sub lite* existe un agravio actual de los recurrentes, que habilite al Tribunal a emitir un pronunciamiento que resulte útil para la causa, en virtud de que, por un lado, los actores ya obtuvieron los pasajes que reclamaban para viajar todos juntos en un mismo ómnibus y, por el otro, precisamente por ello el Estado Nacional cuestiona la sentencia del *a quo* al considerar que la causa ha devenido abstracta.

Con relación a este punto, conviene recordar la jurisprudencia de V.E. que enseña que si lo demandado carece de objeto actual, la decisión de la Corte es inoficiosa (Fallos: 253:346), puesto que la desaparición de los requisitos jurisdiccionales que habilitan su actuación importa la de poder juzgar, circunstancia comprobable aun de oficio (Fallos: 328:2991; 329:1301; 330:3069 y 5064).

Sin embargo, también es preciso destacar que en ciertas oportunidades la Corte exceptuó de esta regla a casos que demandaban un pronunciamiento judicial y así entendió necesario resolver una causa pese a que ya se había realizado el acto eleccionario para cuya participación el apelante pretendió inscribir su candidatura, pues señaló que se trataba de un evento recurrente cuya desaparición fáctica o pérdida de virtualidad no era imaginable mientras se mantuviera la vigencia de la normas cuestionadas (Fallos: 310:819, cons. 6°).

En el mismo sentido, al dictaminar en la causa de Fallos: 330:3160, recordé que tanto en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos como en la propia de V.E. se constata una serie de excepciones a la teoría de las cuestiones abstractas, a fin de poder desarrollar su rol en los casos en los que era necesario dejar asentada una interpretación constitucional en asuntos que conmovían las bases mismas del sistema de gobierno representativo federal. Entre las excepciones que rememoré en esa oportunidad y son aplicables al *sub lite*, se encuentran un caso de 1911, en el que el tribunal norteamericano sostuvo que una cuestión traída a su conocimiento no resulta abstracta si es “*capable of repetition, yet evading review*” (“Southern Pacific Terminal Company. v. Interstate Commerce Comisión”, 219 U.S. 498 –1911–) y como lo explicó el juez Petracchi en Fallos: 310:819, ello significa que aquel Tribunal rechazó la alegada falta de relevancia jurídica de una decisión si el caso entrañaba “*cuestiones susceptibles de reiterarse sin posibilidad de que, por el tiempo que normalmente insumiesen los trámites, pudiesen llegar a ser resueltas por la Corte en tiempo apropiado*”.

Merece señalarse que en el caso citado se cuestionaba la validez de una decisión de la Comisión de Comercio Interestatal cuyos efectos ya habían cesado al momento de pronunciarse la Corte. En el mismo sentido, ésta resaltó la decisión de una de las Cámaras de Circuito en la que se indicó que la cuestión era aún justiciable “*en parte por la necesidad o propiedad de decidir una cuestión de derecho presentada que puede servir para guiar al cuerpo municipal cuando sea llamado a actuar en la materia*” (“Boise City Irrig. & Land Co. V Clark” –C.C. App. 9th C– 65 C.C.A. 399, 131 Fed. 415).

Más tarde, la Corte estadounidense reprodujo esa doctrina para pronunciarse en un caso en que se cuestionaba la validez de la decisión de un órgano jurisdiccional de prohibir las actividades públicas de una agrupación política, pese a que aquélla había perdido vigencia, señalando que “*la cuestión subyacente persiste y es agitada por las continuas actividades y el programa de los actores: si, mediante qué procedimientos y en qué medida las autoridades de los gobiernos locales pueden restringir los derechos de los actores en sus concentraciones y reuniones públicas*” (“Carroll v. President and Commisioners of Princess Anne”, 393 U.S. 175 –1968–).

A mi modo de ver, tales criterios son aplicables a estos autos, sin que obste a ello la circunstancia de que fueron utilizados para resolver

casos en los que se debatían cuestiones electorales, pues lo relevante es que tanto en aquéllos como en el *sub lite* existen situaciones susceptibles de repetición y que, de considerarlas abstractas, quedarían sin resolución.

Por ello, considero que resulta necesario un pronunciamiento sobre las cuestiones involucradas en la causa, dada la certeza de que un conflicto similar se reitere mientras las normas cuya constitucionalidad aquí se impugnan continúen vigentes. En efecto, no parece admisible que los actores deban iniciar una acción judicial ante cada negativa que reciban a su pedido de contar con pasajes gratuitos para viajar en un mismo ómnibus el grupo familiar más un acompañante, pues ello no sólo infringiría la garantía constitucional de acceder a la justicia en procura de obtener tutela para los derechos que estiman que les asiste, sino que, además, sería hartamente difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que se discuten en esta causa sin haberse vuelto abstractas (cfr. doctrina de Fallos: 316:479, cons. 6º, del voto en disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano y 5º y 6º del voto de los jueces Belluscio y Petracchi).

En tales condiciones, según mi parecer, para remediar esta situación, que es frustratoria del rol que posee todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, es necesario ingresar el examen de los temas de orden federal que se traen a conocimiento de la Corte.

Por otra parte, en autos se discute la inteligencia de preceptos de naturaleza federal (leyes 22.431 y 25.635 y decreto 118/06) y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que los apelantes fundan en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Asimismo, es del caso recordar que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de aquel tipo de normas, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del *a quo* ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas, entre muchos otros).

– VI –

Sentado lo anterior, cabe señalar que el *thema decidendi* se circunscribe a determinar si el Poder Ejecutivo Nacional incurrió en un exceso

cuando dictó el decreto 118/06 por el que se reglamenta el beneficio establecido por las leyes 22.431 y 25.635.

A tal fin, es conveniente recordar estas disposiciones, en cuanto fueren pertinentes para resolver el caso de autos:

a) La ley 22.431 instituye un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales (art. 1°).

b) Entre las diversas medidas que conforman este sistema de protección, en lo que ahora resulta de interés, el capítulo IV, relativo a la accesibilidad al medio físico, según el texto que le otorgó el art. 1° de la ley 24.314, dispone:

“Artículo 22. – Entiéndese por barreras en los transportes aquellas existentes en el acceso y utilización de los medios de transporte público terrestres, aéreos y acuáticos de corta, media y larga distancia y aquellas que dificulten el uso de medios propios de transporte por las personas con movilidad reducida a cuya supresión se tenderá por observancia de los siguientes criterios:

“a) Vehículos de transporte público tendrán dos asientos reservados señalizados y cercanos a la puerta por cada coche, para personas con movilidad reducida. Dichas personas estarán autorizadas para descender por cualquiera de las puertas. Los coches contarán con piso antideslizante y espacio para ubicación de bastones, muletas, sillas de ruedas y otros elementos de utilización por tales personas. En los transportes aéreos deberá privilegiarse la asignación de ubicaciones próximas a los accesos para pasajeros con movilidad reducida.

“Las empresas de transporte colectivo terrestre sometidas al control de autoridad nacional deberán transportar gratuitamente a las personas con discapacidad en el trayecto que medie entre el domicilio de las mismas y cualquier destino al que deban concurrir por razones familiares, asistenciales, educacionales, laborales o de cualquier otra índole que tiendan a favorecer su plena integración social. La reglamen-

tación establecerá las comodidades que deben otorgarse a las mismas, las características de los pases que deberán exhibir y las sanciones aplicables a los transportistas en caso de inobservancia de esta norma. La franquicia será extensiva a un acompañante en caso de necesidad documentada (texto según art. 1° de la ley 25.635).

“Las empresas de transportes deberán incorporar gradualmente en los plazas y proporciones que establezca la reglamentación, unidades especialmente adaptadas para el transporte de personas con movilidad reducida.

“A efectos de promover y garantizar el uso de estas unidades especialmente adaptadas por parte de las personas con movilidad reducida, se establecerá un régimen de frecuencias diarias mínimas fijas” (texto según el art. 1° de la ley 25.634).

Cabe señalar que, si bien el texto original de la ley 22.431 dispuso que las empresas de transporte colectivo terrestre sometidas al control de autoridad nacional debían transportar gratuitamente a las personas discapacitadas en el trayecto que mediare entre el domicilio del discapacitado y el establecimiento educacional y/o de rehabilitación al que debían concurrir, esta limitación fue eliminada por la ley 25.635.

c) El Poder Ejecutivo Nacional reglamentó este beneficio por medio del decreto 38/04, que estableció que el certificado de discapacidad previsto por las leyes 22.431 y 25.504, será el documento válido para acceder al derecho de gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte colectivo terrestre, sometidos a control de la autoridad nacional, de corta, media y larga distancia, según lo establece la ley 25.635 (art. 1° del citado decreto).

También dispuso que la sola presentación de aquel certificado sea el documento válido a los efectos de gozar del derecho contemplado en la ley 25.635 y que para acceder gratuitamente a los servicios de transporte de larga distancia, la persona con discapacidad o su representante legal deberá solicitar ante la boletería de la prestadora su pasaje y el de un acompañante en caso de necesidad documentada, indicando la fecha de ida y regreso, horario, origen, destino y causa del viaje, con un plazo de antelación mayor a cuarenta y ocho horas a la realización del servicio, estando obligada la transportista a entregar un comprobante de recibo de dicho pedido, indicando fecha y hora en

que se lo formula. Deberá constar también la firma y aclaración del empleado interviniente. Para recibir el pasaje solicitado, el requirente deberá entregar el comprobante de recibo del pedido antes mencionado. Tanto los trámites para la obtención de la orden de pasaje como el pasaje respectivo, serán gratuitos. Finalmente, establece que consideran causas de integración social, aquellas que permitan a la persona con discapacidad compartir situaciones familiares o comunitarias en un lugar distinto al de su domicilio.

d) A su turno, la Secretaría de Transportes, en su carácter de autoridad de aplicación del decreto 38/04, determinó algunos aspectos técnicos respecto del beneficio que ahora nos ocupa, con el fin explícito de coadyuvar al cumplimiento del precepto legal, para que no se presenten obstáculos que vayan en detrimento de los principios que inspiraron la norma. En tal sentido, la resolución 31/04 de aquella Secretaría establece que la fotocopia autenticada por autoridad competente del certificado de discapacidad y del documento que acredite la identidad del discapacitado, serán documentos válidos para acceder al derecho de gratuidad a los distintos tipos de transporte colectivo de pasajeros terrestre (art. 1º), que la constancia en el certificado de discapacidad de la necesidad de un acompañante constituye documento válido suficiente para gozar del beneficio de gratuidad del pasaje del acompañante (art. 2º) y que la causa de viaje, a la que alude el tercer párrafo del art. 1º del decreto 38/04, no constituye limitante alguna al beneficio de gratuidad establecido en la ley 25.635 (art. 3º).

e) Luego el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 118/06, por el que se establecieron criterios de distribución de los recursos del fideicomiso al que se refiere la ley 26.028 y otras disposiciones relativas al Sistema de Infraestructura de Transporte. Asimismo, en lo que concierne al tema que ahora nos ocupa, el art. 4º del mencionado decreto dispuso:

“Establécese que el derecho de gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte colectivo de pasajeros sometidos a contralor de la autoridad nacional dispuesto por el Artículo 1º del Decreto N° 38 de fecha 9 de enero de 2004, será reglamentado por la SECRETARIA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, debiendo observar entre otros aspectos explicitados en los considerandos de dicha norma y mientras rija el Decreto N° 2407 de fecha 26 de noviembre de 2002 las siguientes pautas:

“a) Será aplicable a los servicios enumerados en los literales a), b) y c) del Artículo 3° del Anexo II del Decreto N° 2407/2002.

“b) Para cada servicio, la obligación de transporte se limitará a UNA (1) plaza para discapacitado y UNA (1) para su acompañante, si el servicio cuenta con hasta CINCUENTA Y CUATRO (54) asientos y de DOS (2) plazas para discapacitados y su acompañante si la capacidad fuera mayor.

“c) Independientemente de lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 1° del Decreto N° 38/2004, la inobservancia de lo normado en dicho artículo habilitará a la SECRETARIA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS a reducir el beneficio del Gasoil a precio diferencial, de acuerdo con la reglamentación que establezca dicha Secretaría”.

Entre los fundamentos explicitados para adoptar esta medida, en los considerandos del decreto al que se está haciendo referencia se menciona que corresponde facultar a la Secretaría de Transportes para que proceda a dictar la reglamentación que sustituya el criterio provisorio establecido en el decreto 38/04, resguardando el derecho previsto en el art. 22 de la ley 22.431, conforme a la redacción dispuesta por la ley 24.314 y las modificaciones del art. 1° de la ley 25.635.

Precisamente la disposición del art. 4°, inc. b), del decreto 118/06, en cuanto fija límites a las plazas para discapacitados y sus acompañantes teniendo en cuenta la capacidad del ómnibus, es la que los actores cuestionan como contraria al espíritu del sistema legal de protección integral de las personas discapacitadas.

– V –

Concluida la descripción de las normas involucradas en la causa, se pueden formular algunas conclusiones preliminares o provisionales.

El sistema legal de protección integral de las personas discapacitadas es amplio y generoso en cuanto a las franquicias y estímulos que instituye a efectos de que sus destinatarios puedan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y cuenten con oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las demás personas. Incluso se

advierte el progresivo aumento de beneficios, mediante la continua modificación legal y, en tal sentido, el derecho de gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte colectivo de pasajeros es una buena muestra de ello, en tanto el legislador fue ampliando el beneficio previsto originalmente para mejorar la situación de aquellas personas y, de tal modo, asegurarles una mayor integración (conf. leyes 24.314 y 25.635).

La Corte ha dicho que *“el objetivo de la ley 22.431 se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a las personas discapacitadas, franquicias y estímulos que le permitan, en lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca”* (Fallos: 313:579; 327:2413; 331:1449).

En esta línea de pensamiento también hay que recordar que la ley 26.378 aprobó la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo*, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Esta convención internacional tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, y entre las personas con discapacidad incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1°).

Con relación al beneficio de transporte gratuito para las personas con discapacidad en el trayecto que medie entre su domicilio y cualquier destino al que deban concurrir por razones familiares, asistenciales, educacionales, laborales o de cualquier otra índole que tiendan a favorecer su plena integración social, que deben prestar las empresas de transporte de colectivo terrestre sometidas a control de la autoridad nacional (conf. art. 22, inc. b, de la ley 22.431, texto según la ley 25.635), cabe señalar que en la ley respectiva lo concede en términos amplios, aunque, claro está, sujeto a las reglamentaciones que establezca la autoridad de aplicación.

En tales condiciones, corresponde analizar si la disposición del art. 4°, inc. b), del decreto 118/06, en cuanto limita ese beneficio a una plaza para el discapacitado y una para su acompañante si el servicio

cuenta con hasta cincuenta y cuatro asientos y a dos plazas para discapacitados y su acompañante, si la capacidad del vehículo de transporte fuera mayor, se ajusta a los límites constitucionales y jurisprudenciales definidos para legitimar el ejercicio de las facultades reglamentarias. Esta indagación cabe efectuarla con relación a la concreta situación de los actores en el *sub lite* y no en términos abstractos o en un estado de hecho hipotético que confronte el reglamento con la ley.

– VI –

La jurisprudencia del Tribunal, en cuanto a los límites jurídicos para la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo, enseña, aun antes de la reforma constitucional de 1994, que “... *el art. 86, inc. 2º, de la Constitución Nacional alcanza no sólo a los decretos que dicta el Poder Ejecutivo en razón de dicha norma, sino también a las resoluciones que emanen de organismos de la administración (Fallos: 303:747, 1595), pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (Fallos: 306:400)*” (Fallos: 316:1261).

Con posterioridad a esa reforma, la Corte declaró que no vulneran el principio establecido en el art. 99, inc. 2º), de la Constitución Nacional, los reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes, cuando la norma de grado inferior mantenga inalterables los fines y el sentido con que la ley haya sido sancionada (Fallos: 318:1707). También entendió que la potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta (Fallos: 325:645; 330:2255).

A partir de tales principios, en su concreta aplicación al *sub discussio*, considero que el límite que fija el art. 4º, inc. b), del decreto 118/06 es irrazonable y no se ajusta al espíritu de la ley que viene a reglamentar. En efecto, el espíritu y la amplitud de criterio que ha guiado al legislador en esta materia, como lo comprueba la sanción de las leyes 24.314 y 25.635, se ve restringida por aquella limitación en cuanto se

pretende aplicar a la situación de los actores –familia integrada por cuatro personas con discapacidad para movilizarse que requieren de acompañantes–, al mismo tiempo que se presenta con frustratoria de los derechos que les confiere la ley a fin de que puedan contar con posibilidades reales de integración.

Además, con particular referencia al caso de autos, ese límite constituye un impedimento para el derecho de los actores a participar en igualdad de condiciones y con equiparación de oportunidades junto al resto de la población, que las autoridades deben garantizar tanto porque así lo disponen la legislación interna como los tratados internacionales suscriptos por la Nación.

Con relación a esto último, cabe señalar que la atención y asistencia integral de la discapacidad constituye una política pública de nuestro país (Fallos: 331:1449), así como que las leyes referidas y la jurisprudencia de V.E. pone énfasis en los compromisos asumidos por el Estado Nacional en esta materia (conf. doctrina de Fallos: 323:3229; 324:3569, entre otros). Por ello, para lograr la plena integración en la vida social de las personas con discapacidad, es menester adoptar medidas concretas y eficaces para la obtención del resultado esperado y, ciertamente, la disposición bajo examen no cumple tal finalidad en cuanto se pretende aplicar a los actores.

Para finalizar, considero que la inclusión de esta disposición mientras rija el decreto 2407/02, que declara el estado de emergencia del transporte automotor de pasajeros por carretera de carácter interjurisdiccional y establece las condiciones técnico–operativas y económico–financieras a las que deberán ajustarse los permisionarios, tampoco puede ponerla a salvo de la tacha que se le endilga. En efecto, con independencia de cualquier consideración en torno a la legitimidad de este decreto –que no es materia de debate en este juicio–, para descalificar la previsión del art. 4º, inc. b), del decreto 118/06, alcanza con señalar tanto su irrazonabilidad, en cuanto no atiende al espíritu de la ley que dice reglamentar, como que no se explica por qué ante una situación de emergencia la forma de conjurarla sería con la limitación del beneficio que la ley prevé para las personas con discapacidad.

– VII –

Por lo expuesto, considero que corresponde declarar formalmente admisibles los recursos extraordinarios de las partes, revocar la sen-

tencia apelada y declarar la inconstitucionalidad del art. 4º, inc. b), del decreto 118/06, en cuanto se pretende su aplicación respecto de los actores. Buenos Aires, 10 de septiembre de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 1º de junio de 2010.

Vistos los autos: “A., M. B y otro c/ EN – Mº Planificación – dto. 118/06 (ST) s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declaran admisibles los recursos extraordinarios interpuestos, se revoca la sentencia apelada y se declara la inconstitucionalidad del art. 4º, inc. b, del decreto 118/06, en cuanto se pretende su aplicación respecto de los actores. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON
RICARDO LUIS LORENZETTI, DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR
DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que aun cuando los actores ya obtuvieron los pasajes que reclamaron para viajar todos juntos en el mismo ómnibus, circunstancia

por la cual el Estado Nacional demandado sostiene que la cuestión debatida ha devenido abstracta, existe un interés en que esta Corte se pronuncie, habida cuenta de la posibilidad de repetición de dicha cuestión, lo que justifica una decisión esclarecedora (Fallos: 330:3160, considerando 3°).

2°) Que los recursos extraordinarios son admisibles en tanto se hallan en juego la interpretación de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa fue adversa al derecho que los recurrentes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

3°) Que este Tribunal comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir —a excepción del punto V— por razones de brevedad.

Por ello, se declaran admisibles los recursos extraordinarios, procedente el recurso de la parte actora, se revoca la sentencia apelada y se declara la inconstitucionalidad del art. 4°, inc. b, del decreto 118/06 en cuanto se pretende su aplicación a los actores. Con costas a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

Recursos extraordinarios interpuestos por **A., M. B. —por derecho propio y en representación de sus hijas menores—, y P., J.**, ambos con el patrocinio letrado de la **Dra. Varina Fuleiman Lilyan**; y por el **Estado Nacional**, representado por el **Dr. Aníbal Roberto Raczko Castelló**, con el patrocinio letrado del **Dr. Román Makinistian**.

Traslado contestado por **A., M. B. —por derecho propio y en representación de sus hijas menores—, y P., J.**, ambos con el patrocinio letrado de la **Dra. Varina Fuleiman Lilyan**; y por el **Estado Nacional**, representado por la **Dra. María Laura Ortega**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV**.

MARIA LILIAN CHEDUFAU DE PINTO c/ EN — M° JUSTICIA Y DDHH

SALARIO.

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda iniciada por una ex agente contra el Estado Nacional por el cobro de diferencias salariales en

concepto de “suplemento por jefatura” ya que si bien cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho determinado, debe considerarse que hay derecho adquirido, no corresponde aplicar dicha doctrina si la disposición –art. 74 del anexo I del decreto 993/91 según texto de la decisión administrativa 135/95– es clara en cuanto a que es necesario el dictado de un acto administrativo que apruebe la designación del suplemento y, por lo tanto, sea éste constitutivo del derecho.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 106/109, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV) –por voto en mayoría– revocó la sentencia de la instancia anterior e hizo lugar a la demanda iniciada por la ex agente María Lilian Chedufau de Pinto contra el Estado Nacional por el cobro de diferencias salariales en concepto de “suplemento por jefatura”.

Para decidir de ese modo, el tribunal consideró que no podían anteponerse los requisitos formales –en el caso, la falta de acto administrativo concediendo expresamente el suplemento por jefatura– para aniquilar el derecho adquirido al cobro de la diferencia salarial desde el momento en que estaba probada –y no cuestionada– la efectiva prestación de las tareas y responsabilidades del servicio por parte de la actora.

Entendió que la ex agente había adquirido el derecho a la percepción del suplemento con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa.

– II –

Disconforme, el Estado Nacional interpone el recurso extraordinario de fs. 114/121, concedido a fs. 127 en cuanto cuestiona el alcance e interpretación de una norma de carácter federal.

Los agravios de la demandada son, en síntesis, los siguientes: a) el nacimiento del derecho a la percepción del suplemento por jefatura se produce con el dictado del acto administrativo que así lo establezca; b) la actora y laalzada no cuestionaron la validez constitucional de las normas administrativas que imponen los recaudos formales para la percepción del suplemento; c) no puede el órgano judicial revisar la oportunidad o conveniencia de los actos administrativos salvo que se incurra en arbitrariedad manifiesta o exceso en la competencia legal del órgano administrativo; d) la cuestión de autos es idéntica a la resuelta por la sala I del fuero en los autos “Bevestrello” a cuyos argumentos remite y cita textualmente.

– III –

A mi modo de ver, el recurso es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance y la interpretación de normas de carácter federal –art. 74 del anexo I del decreto 993/91 según texto de la decisión administrativa 135/95– y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas.

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, cabe, en primer término, transcribir el precepto cuya interpretación se cuestiona. Así, éste dice: “El Suplemento por Jefatura se abonará al personal que, revistando en los Niveles B, C y D, se encuentren a cargo de un Departamento o División, aprobadas de acuerdo con las disposiciones del Decreto N. 1545 de fecha 31 de agosto de 1994, y que no estén alcanzadas por el Régimen de Cargos con Funciones Ejecutivas. La SECRETARIA DE LA FUNCION PUBLICA de la PRESIDENCIA DE LA NACION establecerá los requisitos que deberán reunir las unidades y puestos respectivos para que su titular esté en condiciones de percibir el beneficio. Este Suplemento será incompatible con la percepción del Suplemento por Función Específica y consistirá en un importe equivalente al CUARENTA POR CIENTO (40 %) de la asignación básica del nivel al que corresponda la función. Las Delegaciones Jurisdiccionales elaborarán y certificarán el listado de *los agentes propuestos* para la asignación del Suplemento por Jefatura. *El Titular de cada una de las jurisdicciones o entidades, previo dictamen* de la COMISION PERMANENTE DE CARRERA DEL SINAPA

dependiente de la SECRETARIA DE LA FUNCION PUBLICA de la PRESIDENCIA DE LA NACION, *aprobará* la nómina del personal pasible de percibir el suplemento. *La percepción del mismo tendrá vigencia a partir del 1 del mes siguiente a la fecha de la mencionada aprobación*". (la cursiva no es original).

Si bien la jurisprudencia constante de la Corte expresa que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho determinado, debe considerarse que hay derecho adquirido, no corresponde en autos aplicar tal doctrina toda vez que la disposición es clara en cuanto a que es necesario el dictado de un acto administrativo que apruebe la designación del suplemento y, por lo tanto, sea éste constitutivo del derecho. En el *sub lite*, no solamente dicho acto no se materializó sino que, además, la norma no fue impugnada por la actora.

A mayor abundamiento, el artículo en cuestión prevé que el suplemento se cobrará a partir del mes siguiente del acto de aprobación; en consecuencia, no habiendo sido tampoco atacada esta premisa, se corrobora el efecto constitutivo de derecho del acto, por lo que mal podría pretenderse su cobro sino desde la fecha en que el acto fuere dictado.

– V –

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia de fs. 106/109 en cuanto fue materia de éste. Buenos Aires, 06 de abril de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 1° de junio de 2010.

Vistos los autos: "Chedufau de Pinto, María Lilian c/ EN – M° Justicia y DDHH s/ empleo público".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional, demandado en autos**, representado por el Dr. **Eduardo E. Hechenleitner**, con el patrocinio letrado del Dr. **Norberto Salvador Bisaro**.

Traslado contestado por **María Liliana Chedufau, por su propio derecho, actora en autos**, con el patrocinio letrado del Dr. **Gastón Simacourbe**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9**.

CLAUDIO DAVID KEILER Y OTRO

EXCESIVO RIGOR FORMAL.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió examinar –al amparo de un excesivo rigor formal– tanto las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria, como así también lo alegado en cuanto a una interpretación del art. 146 del Código Procesal Penal de la Nación que el recurrente entendió errónea y contraria al derecho constitucional de defensa en juicio.

–Los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)–.

PRINCIPIO PRO HOMINE.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió examinar –al amparo de un excesivo rigor formal– las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria, a los efectos de considerar si –en esas condiciones– la declaración de deserción del recurso era la opción más respetuosa del principio *pro homine*, en el marco del “deber de garantizar” el derecho al recurso que le asiste a toda persona condenada por un delito (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–Los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró, por mayoría, desierto el recurso interpuesto por la defensa de Claudio Keiler contra la sentencia que lo condenó a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes.

Contra esa decisión, se interpuso recurso extraordinario (fs. 679/688), que fue concedido a fs. 694.

– II –

Para mayor claridad en la exposición, conviene destacar que el *a quo* notificó a los defensores técnicos del imputado el auto que informaba a las partes la integración del tribunal que intervendría en la instancia y las emplazaba para mantener o adherir al recurso interpuesto. Tras verificar que a partir de la fecha de esa notificación se había vencido el término correspondiente sin que el recurrente mantuviera su voluntad impugnativa, declaró desierto el recurso.

La defensa sostiene que esa decisión es arbitraria, pues la naturaleza del auto de emplazamiento exige que éste sea notificado personal-

mente al imputado, y es recién a partir de esa notificación –que en el caso se omitió– que debería comenzar a correr el plazo para mantener el reclamo.

Afirma que aun cuando el mantenimiento fue tardío considerando el plazo a partir de la notificación a la defensa técnica, el tribunal debió tener en cuenta las razonables explicaciones de los letrados con respecto al motivo del error que produjo la presentación extemporánea; éste se debió, según expone el apelante, a que esa parte computó los términos según el calendario judicial de justicia federal de Córdoba –provincia en la que tramitó la causa– en vez de atender al de la Capital Federal –donde debía tramitar el recurso de casación–. Con cita de jurisprudencia de la Corte, señala que, en todo caso, no cabe sancionar ese error en cabeza del acusado.

Considera que la valoración conjunta de ambas circunstancias, es decir, la omisión del tribunal de notificar personalmente al imputado y las referidas explicaciones de los abogados, permite concluir que el fallo que declaró desierto el recurso ha consagrado un exceso ritual en desmedro de las garantías de la defensa en juicio, el debido proceso y la doble instancia.

– III –

Es criterio de V.E. que las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48. Y si bien es cierto que V.E. ha reconocido que ese principio puede ceder cuando lo decidido revele un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 311:2193; 324:176; 327:3166; 329:5528, entre otros), no encuentro que los agravios del recurrente alcancen a demostrar que en el caso se trate de ese supuesto.

Así lo pienso, pues la cuestión relativa a la forma en que deben ser realizadas las notificaciones que se plantea en el *sub lite*, remite al examen del derecho procesal y es, en principio, ajena a la competencia extraordinaria de la Corte (conf. Fallos: 319:617; 320:2226; 325:1541), máxime cuando el auto de cuya notificación se trata no es uno de aquéllos respecto de los cuales V.E. ha entendido necesaria la notificación personal al imputado (Fallos: 327:3802).

En tales condiciones, es menester resaltar que en este caso se encuentra fuera de discusión que al momento de mantener la apelación, el plazo previsto para realizar ese acto procesal se encontraba fenecido, y no surge del expediente ni la defensa alegó la existencia de razones excepcionales que el tribunal hubiera debido tener en cuenta para dispensar el cumplimiento de la elemental carga de observar los términos de la ley.

En este sentido, estimo que la invocación del argumento de que la negligencia de la defensa no debe pesar sobre el encausado, no es por sí sola suficiente para evitar los efectos procesales que sólo pueden ser atribuidos a la falta de previsión del asistente técnico y de ningún modo a una interpretación ritualista de las normas pertinentes.

Pienso que ello es así pues, tal como lo sostuve al dictaminar el 6 de marzo de 2006 en un caso que guarda cierta analogía con el presente (S. 1823, XL “Saavedra, Raúl Oscar s/robo calificado en grado de tentativa, homicidio calificado, etc. – causa N° 27/2003”), sostener lo contrario implicaría dejar librado al capricho del recurrente la justificación de la demora para ejercer sus derechos y, de esa forma, desconocer que los plazos procesales y el régimen de preclusión tienen por finalidad reglar la forma en que se llegará a una decisión definitiva de certeza (conf. doctrina de Fallos: 313:711).

Acerca de la pretendida violación a la garantía de la doble instancia, ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el mero hecho de que un reclamo no produzca un resultado favorable al reclamante –como podría ocurrir, por ejemplo, cuando no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado– no demuestra por sí solo la inexistencia de un recurso interno eficaz (conf. casos “Velásquez Rodríguez”, del 29/7/88 y “Fairén Garbí y Solís Corrales”, del 15/3/89, párrafos 67 y 92, respectivamente).

De acuerdo con ese criterio, el hecho de que no todo alzamiento contra un fallo tenga aptitudes como para justificar su procedibilidad formal, ni sea idóneo para alcanzar la revisión que se propone, no debe ni puede confundirse con la afectación de la garantía al recurso que, como todos los demás derechos de raigambre constitucional, no es absoluta y se ejerce conforme a la reglas que reglamentan su ejercicio (artículo 14 de la Constitución Nacional), y así lo ha entendido V.E. al concluir que la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos

(Fallos: 304:319 y 312:318, entre otros), ni ellos tienen en sí tal carácter (Fallos: 304:1293).

Con arreglo a lo expuesto, cabe destacar que ha sido el recurrente quien, pese a tener a su alcance la totalidad de los mecanismos que habilitaban la revisión del fallo, no ha satisfecho una de sus principales cargas a fin de evitar que la decisión apelada continúe conservando su sustento jurídico y adquiriera firmeza (conf. Fallos: 306:1347 y 322:1495, disidencias de los doctores Fayt, Bossert y Orlandi; y del doctor Petracchi).

Por ello, entiendo que el apelante no ha demostrado la existencia concreta de agravios de naturaleza federal, ni que su crítica supere el ámbito propio de los aspectos regidos por el derecho procesal, cuyo análisis es ajeno a esta instancia de excepción y que, en la medida en que fueron resueltos por el *a quo* con fundamentos de igual carácter, obstan la tacha de arbitrariedad (Fallos: 308:551; 318:73; 319:1728).

– IV –

En consecuencia, opino que V.E. debe declarar inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto. Buenos Aires, 25 de febrero de 2009.
Eduardo Ezequiel Casal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 1° de junio de 2010.

Vistos los autos: “Keiler, Claudio David y otro s/ recurso de casación”.

Considerando:

Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal omitió examinar –al amparo de un excesivo rigor formal– tanto las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación

deducido contra la sentencia condenatoria, como así también lo alegado en cuanto a una interpretación del art. 146 del Código Procesal Penal de la Nación que el recurrente entendió errónea y contraria al derecho constitucional de defensa en juicio.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo expuesto.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal omitió examinar –al amparo de un excesivo rigor formal– las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria, a los efectos de considerar si –en esas condiciones– la declaración de deserción del recurso era la opción más respetuosa del principio *pro homine*, en el marco del “deber de garantizar” el derecho al recurso que le asiste a toda persona condenada por un delito (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Que, en tales condiciones, la cuestión planteada resulta, *mutatis mutandis*, sustancialmente análoga a la resuelta en Fallos: 329:2265, a cuyos términos cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo expuesto.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario concedido a fs. 694 es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se lo desestima. Hágase saber y remítanse en devolución los autos al tribunal de origen.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por los **Dres. Ezequiel Felipe Mallía y Facundo Zapiola**, por el imputado **Claudio David Keiler**.

Traslado contestado por **Ricardo G. Weschler, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba**.

RAUL GARCIA c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO

PRESCRIPCION: Comienzo.

Corresponde hacer lugar a las excepciones de prescripción opuestas por la provincia demandada por la supuesta ilicitud de la actividad de los miembros de la policía provincial desplegada al inicio de las actuaciones penales y las irregularidades cometidas por los funcionarios judiciales durante el trámite de la causa penal ya que el punto de arranque del curso de aquélla debe ubicarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer (art. 3958 del Código Civil) lo que acontece como regla general, cuando sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad, y, en atención a que los hechos reputados ilícitos por los que reclaman presentan la característica de continuarse en el tiempo, el comienzo del curso de la prescrip-

ción bienal estará dado por el cese de los referidos hechos, momento en que se los tendrá por acaecidos.

PRESCRIPCIÓN: Comienzo.

En los casos de ejercicio irregular de la función jurisdiccional se requiere además –a los fines del punto de arranque del curso de la prescripción–, remover la apariencia de licitud del hecho, por lo cual la ilegitimidad de la conducta dañosa surge en un tercer momento, que es el dictado de la sentencia definitiva, ya que recién en el momento de ser sobreseídos, la situación jurídica de los procesados ya no puede revertirse ni volver a responsabilizarlos del delito que les fuera endilgado, por lo que a partir de que cobra firmeza el sobreseimiento es que debe computarse el inicio del plazo de prescripción, puesto que recién en esa instancia queda descartada la posibilidad de la compensación (Disidencia parcial de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 1° de junio de 2010.

Vistos los autos: “García, Raúl c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios”; G.500.XXXV ‘González, Mario Oscar c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios’ y L.260.XXXV ‘Llavel, Héctor Fabián c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios’ de los que

Resulta:

I) A fs. 4/16 del expediente citado en primer término, se presenta invocando distinta vecindad el señor Raúl García e inicia demanda contra la Provincia de Río Negro, con el objeto de obtener la reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados por la privación ilegítima de su libertad ambulatoria sufrida desde el 10 de abril de 1989 hasta el 18 de septiembre de 1992, fecha en que el titular del Juzgado de Instrucción y en lo Correccional n° 8 de la Ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, revocó su procesamiento y prisión preventiva y decretó la falta de mérito en relación al delito por el cual había sido oportunamente indagado (demanda presentada el 4 de agosto de 1997).

De acuerdo con lo literalmente expuesto en la demanda “*Todo el período durante el cual los órganos a quienes el Estado encomendó la prestación del servicio de justicia desarrollaron su irregular actividad, incuestionablemente, debe ser reputado como tiempo de encarcelamiento ilegítimo del señor Raúl García (sic)*”. Los órganos judiciales que habrían actuado irregularmente según el escrito de inicio son: 1) la fiscal de primera instancia al dictar el requerimiento de juicio de manera defectuosa (28 de diciembre de 1989); 2) el juez de instrucción al decretar la prisión preventiva de García sobre las mismas pruebas con que antes había resuelto la falta de mérito (7 de julio de 1989) y elevar la causa a juicio sin hacer lugar al planteo de nulidad de la requisitoria fiscal (1° de marzo de 1990); 3) el fiscal de cámara por haber mantenido una acusación nula y, por último; 4) los jueces de cámara en lo criminal por condenar a García en ausencia de una acusación válida (18 de diciembre de 1990). Además, en la ampliación de demanda de fs. 86/88 se señala que “...*la privación ilegítima de la libertad... se ve agravada en el caso no sólo por las irregularidades señaladas en la demanda, sino además por la actividad ilícita de los miembros de la Policía de la Provincia de Río Negro...*”. Estas ilicitudes que se adjudican a los agentes policiales, se refieren a las diligencias llevadas a cabo por los preventores al inicio de las actuaciones penales, investigadas posteriormente por una comisión de la legislatura provincial convocada al efecto.

También, como sustento de su pretensión, el actor manifiesta que las irregularidades de los funcionarios judiciales han sido confirmadas por el Tribunal Superior de Río Negro en su sentencia del 13 de noviembre de 1991 cuando, llamado a intervenir por la interposición de sendos recursos de casación contra la sentencia condenatoria recaída en la causa en contra de García y de González, resolvió declarar –por motivos formales– la nulidad de la requisitoria fiscal, de la citación a juicio, del debate producido y de la sentencia. Por ende, afirma el demandante, la decisión del Máximo Tribunal Provincial resulta declarativa de la existencia de la falta de servicio y error judicial grave e inexcusable que hace nacer la obligación de reparar el menoscabo sufrido en su persona.

Por último, señala que estas graves irregularidades del Poder Judicial Provincial y las llevadas a cabo por los policías que actuaron en los momentos iniciales de la causa penal, se ven agravadas por su inocencia, la que finalmente provocó que el 31 de julio de 1995 el juez de instrucción dictara su sobreseimiento definitivo.

II) A fs. 121 se presenta la Provincia de Río Negro y opone con carácter previo la excepción de prescripción.

Manifiesta que la acción de daños y perjuicios promovida por el actor está prescripta, pues a la fecha de presentación de la demanda –4 de agosto de 1997– había transcurrido en exceso el plazo de dos años establecido por el artículo 4037 del Código Civil, sea que se comience su cómputo desde que: 1) ocurrieron los hechos que según la demanda habrían originado la obligación (abril de 1989 hasta diciembre de 1990); o 2) el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia declaró la nulidad de los actos cuestionados (noviembre de 1991) o, por último 3) García fue puesto en libertad (18 de septiembre de 1992).

En subsidio, contesta demanda negando los hechos y el derecho invocado por el actor.

III) A fs. 131/135 el accionante contesta la excepción de prescripción y pide su rechazo, pues según su entender al momento de la interposición de su demanda no habían transcurrido los dos años que establece el artículo 4037 del Código Civil. A su criterio, la acción de daños quedó expedita al cerrarse definitivamente el proceso penal, lo que sucedió cuando adquirió firmeza el sobreseimiento dictado a su favor.

Aclara en este sentido que, según la normativa procesal aplicable, el plazo para apelar el sobreseimiento es de tres días hábiles y que se computan desde la notificación al interesado o desde la última que se practicare. La notificación al Ministerio Público Fiscal ocurrió el 1º de agosto de 1995 y en esa misma fecha se libró oficio al señor Juez en turno con jurisdicción en Puerto Madryn (ciudad donde posee su domicilio el señor García) para la notificación del imputado y cédula a su patrocinante.

IV) A fs. 136 se resuelve diferir el tratamiento de la excepción de prescripción opuesta para el momento de dictar sentencia.

V) A fs. 412/433 de los autos G.500.XXXV “González, Mario Oscar c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios”, se presenta el señor Mario Oscar González e inicia demanda contra la Provincia de Río Negro, con el objeto de obtener la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales derivados de la tramitación irregular de la misma causa penal por la que reclama indemnización el señor García y de la

privación ilegítima de su libertad, con sustento en su inocencia y en las graves ilicitudes en que habrían incurrido la prevención policial y funcionarios judiciales (demanda presentada el 30 de marzo de 1998 ante el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro).

Del escrito de demanda surge que el actor funda su pretensión en el hecho de haber estado sometido durante un lapso de seis años aproximadamente, de los cuales tres años y tres meses estuvo privado de su libertad ambulatoria (desde el 26 de junio de 1989 hasta el 18 de septiembre de 1992 donde el juez de instrucción dictó la falta de mérito a su favor), a un proceso penal irregular y falaz, que concluyó con su sobreseimiento el 31 de julio de 1995. Dice textualmente: “...*la causa del perjuicio no ha sido un hecho único y aislado que ocurriera en un determinado instante mortificando a mi representado, sino un proceso continuo y permanente, una sucesión o encadenamiento de hechos perjudiciales que se creó y recreó durante más de ocho años (de los cuales casi la mitad tuvo que vivirlos en prisión), significando la ruptura intempestiva y dramática de su normal vida anterior*”.

Las irregularidades que menciona en su presentación y que adjudica a los funcionarios judiciales y a los agentes policiales que actuaron al inicio de las investigaciones, son las mismas que señala Raúl García en su escrito de inicio y en su ampliación de demanda.

VI) A fs. 454 se presenta la demandada y opone también excepción de prescripción en base a los mismos argumentos dados al momento de contestar la demanda de García.

En efecto, el Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro aduce que el término de la prescripción estaba cumplido íntegramente cuando el actor inició su beneficio de litigar sin gastos el 23 de octubre de 1995 y, más aún, cuando presentó la demanda propiamente dicha en el año 1998, sea que se cuenten los dos años desde que las supuestas irregularidades que se mencionan en la demanda acontecieron —años 1989 a 1992—, o desde que González recuperó su libertad el 18 de septiembre de 1992 al decretarse la falta de mérito a su favor.

VII) A fs. 460/468 el accionante contesta la excepción de prescripción y solicita que sea rechazada pues, al igual que García sostiene que el sobreseimiento dictado a su favor (que le fue notificado el 1° de agosto de 1995) fue el acto procesal que lo habilitó a promover la demanda

por los daños alegados, en tanto –indica– éste cerró definitivamente la causa abierta en su contra y le permitió obtener un conocimiento certero de las irregularidades cometidas. También dice que el Estado provincial aceptó las irregularidades imputadas a los agentes policiales y funcionarios judiciales en el trámite de la causa penal, razón por la cual se encuentra impedido de oponer esta excepción. Por último, aduce que los hechos antijurídicos por los cuales reclama, especialmente los de orden procesal, se mantuvieron en el tiempo hasta que fueron judicialmente removidos (años 1989 a 1997).

VIII) A fs. 530 del expediente G.500.XXXV “González, Mario Oscar c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios” se dispone su acumulación a la presente causa “García”, su tramitación por separado y el dictado de una sentencia única. Por último, se difiere para el momento de dictar sentencia el examen de la prescripción planteada.

IX) A fs. 232/253 de los autos L.260.XXXV “Llavel, Héctor Fabián c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios”, se presenta el 29 de abril de 1998 ante el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, el señor Héctor Fabián Llavel e inicia demanda contra la mencionada provincia en los mismos términos que Mario Oscar González.

Si bien la situación procesal de Llavel durante el trámite de la causa penal difiere de la de González, pues estuvo privado de su libertad ambulatoria desde el 26 de junio de 1989 hasta el 18 de diciembre de 1990, fecha en la cual se dictó su absolución, los fundamentos de su pretensión y las ilicitudes que adjudica a los funcionarios judiciales y a los agentes policiales que actuaron al inicio de las investigaciones, son idénticas a las que se señalan en las demandas presentadas por González y García.

X) A fs. 271 se presenta la demandada y opone también excepción de prescripción sobre la base de los mismos argumentos dados en el presente expediente “García” y su acumulado “González”. En este caso, el Fiscal sostuvo que el plazo de la prescripción estaba cumplido cuando el actor inició el beneficio de litigar sin gastos el 16 de diciembre de 1994 y, más aún, cuando presentó la demanda propiamente dicha, como ya se hizo referencia en el párrafo anterior, en el año 1998.

XI) A fs. 281/291 el accionante contesta la excepción de prescripción y pide su rechazo. Señala que el curso de la prescripción debe contarse

o bien desde que se cerró definitivamente la causa penal con el dictado del sobreseimiento el 31 de julio de 1995 o, en el peor de los casos, desde que quedó firme la falta de mérito que se decretó el 18 de septiembre de 1992, ambas piezas procesales dictadas a favor de García y González. Respecto a este último supuesto, aduce que la carta documento que le envió al Gobernador de la Provincia de Río Negro el 17 de diciembre de 1992 intimando el pago del daño causado, suspendió el curso de la prescripción por un año, con lo cual se prolongó la viabilidad de la acción indemnizatoria hasta el 18 de septiembre de 1995; ámbito temporal dentro del cual fue iniciado el beneficio de litigar sin gastos (el 16 de diciembre de 1994) que interrumpió el curso de la prescripción (artículo 3986 del Código Civil).

XII) A fs. 348 del expediente L.260.XXXV “Llavel, Héctor Fabián c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios” se dispone también su acumulación a la presente causa “García”, la tramitación por separado de los mismos y el dictado de una sentencia única. Por último, se difiere para el momento de dictar sentencia el tratamiento de la prescripción planteada.

Considerando:

1º) Que frente al prolongado trámite al que ha dado lugar la substanciación de este proceso y el tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia de fs. 843 de estas actuaciones, fs. 679 de la causa G.500.XXXV y fs. 526 del expediente L.260.XXXV, evidentes razones de economía procesal como las señaladas por el Tribunal en los pronunciamientos dictados en las causas “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato” (Fallos: 330:3444), “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2088) y “Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2688), así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia (Fallos: 319:2151 y sus citas), llevan a dejar de lado en el sub lite el nuevo contorno del concepto de causa civil definido por esta Corte en las causas “Barreto” (Fallos: 329:759) y “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2737) —entre muchos otros— y, en consecuencia, a mantener su competencia originaria para dictar en éstas sentencia definitiva.

2º) Que por su índole y efectos propios, corresponde examinar en primer término las excepciones de prescripción opuestas por la Provincia de Río Negro.

3º) Que debe destacarse que en el sub lite no se encuentra controvertido que la responsabilidad que se pretende atribuir a la Provincia de Río Negro es de naturaleza extracontractual, por lo que el plazo de prescripción es de dos años, de acuerdo con el artículo 4037 del Código Civil. Así, este Tribunal debe expedirse respecto al punto inicial del plazo de la prescripción liberatoria y analizar si han existido actos interruptores o suspensivos de dicho plazo, a partir de las concretas circunstancias de la causa.

4º) Que en primer lugar, la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandada (Fallos: 308:1101 y 322:1888). En autos, el hecho que sirve de fundamento a las pretensiones resarcitorias de los señores Raúl García, Mario Oscar González y Héctor Fabián Llavel, lo constituye la privación de su libertad ambulatoria –reputada ilegítima por los actores– y, en el caso de González y Llavel, la causa de la obligación vendría dada también por el sometimiento a una causa penal cuya tramitación es considerada irregular. La ilicitud tendría dos fuentes, a saber: la actividad de los miembros de la Policía de la Provincia de Río Negro desplegada al inicio de las actuaciones penales y las irregularidades cometidas por los funcionarios judiciales durante el trámite de la causa penal.

A su vez, el punto de arranque del curso de la prescripción debe ubicarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer (artículo 3958 del Código Civil). Ello acontece, como regla general, cuando sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad; pero excepcionalmente, puede determinarse un momento diferente, ya sea porque el daño aparece después o bien porque no puede ser apropiadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada (Fallos: 311:1478 y 2236; 312:1063 y 322:1888).

En atención a que los hechos reputados ilícitos por los que reclaman los actores presentan la característica de continuarse en el tiempo, el comienzo del curso de la prescripción bienal estará dado por el cese de los referidos hechos, momento en que se los tendrá por acaecidos, en los términos de la regla general sentada precedentemente.

5º) Que se examinará la prescripción opuesta en la causa iniciada por Raúl García.

La privación de la libertad ambulatoria que el actor reputa ilegítima, se extendió de manera ininterrumpida desde el 26 de junio de 1989 hasta el 18 de septiembre de 1992 (ver fs. 278 y 1101/1108, respectivamente, de la causa penal ofrecida como prueba). En esa fecha el juez de instrucción revocó su procesamiento y prisión preventiva y decretó la falta de mérito a su favor.

De acuerdo a la doctrina invocada en el considerando anterior, cabe concluir entonces que la acción entablada estaba prescripta al tiempo de ser promovida la demanda. En efecto, su iniciación tuvo lugar el 4 de agosto de 1997 (conf. cargo de fs. 16) y se reclamaron daños provenientes de la privación de la libertad ambulatoria que cesó el 18 de septiembre de 1992.

Por lo demás, no puede aceptarse el argumento de la parte actora en cuanto pretende retardar el punto *a quo* de la prescripción hasta el 31 de julio de 1995, toda vez que, tal como surge del considerando 4º y de la reseña practicada al inicio de esta sentencia, no se ha alegado la ilicitud de las actuaciones posteriores al cese de la prisión preventiva que, como se dijo, tuvo lugar el 18 de septiembre de 1992, ni daño alguno de ellas derivado.

6º) Que corresponde expedirse sobre la prescripción opuesta en la causa iniciada por Mario Oscar González.

En este caso, como ya se mencionó, los hechos reputados ilícitos por los que reclama el actor; a saber, la privación ilegítima de su libertad y su sometimiento al trámite irregular de una causa penal, han cesado también el 18 de septiembre de 1992 cuando, al igual que sucedió con el señor García, el magistrado a cargo de la instrucción revocó su procesamiento y prisión preventiva y decretó la falta de mérito en relación al delito por el cual había sido oportunamente indagado (ver fs. 1101/1109 de la causa penal). En efecto, González en esa fecha fue puesto en libertad, por lo que pudo iniciar en ese momento el reclamo que iniciaría luego de cinco años.

Si bien la demanda entablada por González señala de manera general e imprecisa a todo el proceso penal como fuente de los daños

sufridos, lo cierto es que tampoco ha denunciado ningún daño o acto ilegítimo posterior al 18 de septiembre de 1992, en que se dictó la resolución por la cual se declaró la falta de mérito a su respecto y el cese de la prisión preventiva que venía cumpliendo. En esta medida, resulta igualmente improcedente llevar el punto de partida de la prescripción hasta el dictado del sobreseimiento definitivo del 31 de julio de 1995.

En tanto el curso de la prescripción de la acción comenzó a correr el 18 de septiembre de 1992, el plazo de dos años (artículo 4037 del Código Civil) se hallaba largamente cumplido cuando la demanda con la que se inició esta causa fue presentada el 30 de marzo de 1998 (conf. cargo de fs. 433 vta.).

Que, si hipotéticamente se pretendiera atribuir al beneficio de litigar sin gastos iniciado por el actor efectos interruptores de la prescripción (artículo 3986, primer párrafo del Código Civil), la acción estaría también extinguida, pues la petición fue presentada el 23 de octubre de 1995 cuando ya se había cumplido el plazo de la prescripción bienal.

Sobre este aspecto, debe tenerse presente que los actos interruptores o suspensivos del plazo de prescripción deben cumplirse necesariamente antes de su vencimiento, toda vez que mal puede suspenderse o interrumpirse un plazo ya cumplido (Fallos: 312:2152).

Finalmente, el actor hace referencia vagamente a un supuesto reconocimiento de la obligación por parte de la Provincia de Río Negro, circunstancia que no es apta para su tratamiento, en tanto no se ha aludido a ningún acto específico del Estado Provincial que por su contenido pudiera clasificarse dentro del reconocimiento de deuda al que el artículo 3989 del Código Civil atribuye efectos interruptores de la prescripción, es decir, como reza la nota a la citada cláusula, susceptible de ser tenido como una confesión expresa o tácita en tal sentido. Por lo tanto, tampoco es posible determinar si se trata de una manifestación de voluntad que resulta oportuna o anterior al vencimiento del plazo (Fallos: 275:56; 320:1081) e inequívoca (artículo 917 del Código Civil y Fallos: 312:2152; 328:3590).

7°) Que se debe examinar la prescripción opuesta en la causa iniciada por Héctor Fabián Llavel.

Una vez más, los hechos considerados ilícitos lo constituyen la privación de la libertad ambulatoria de Llavel y su sometimiento a la tramitación de la causa penal. Estos hechos, de acuerdo a las constancias de esa causa, se extendieron desde el 26 de junio de 1989 hasta el 18 de diciembre de 1990, fecha en la cual se dictó la absolución del actor y éste recuperó la libertad.

De este modo, el comienzo del curso de la prescripción debe ubicarse a partir del 18 de diciembre de 1990, es decir, cuando cesaron los hechos que según el actor son ilícitos. Por las mismas razones apuntadas respecto de las demandas tratadas precedentemente, no es procedente tomar en cuenta como punto de partida el momento en que se decretó la falta de mérito de los otros imputados o desde que se cerró la causa definitivamente. Sobre este aspecto, cabe mencionar que las actuaciones judiciales posteriores respecto de sus consortes de causa no han sido señaladas en la demanda como un hecho del que se hubiesen derivado daños para Llavel, ni tampoco representaban un obstáculo para iniciar su acción resarcitoria.

Así, resulta evidente que cuando se presentó la demanda el 29 de abril de 1998 (ver cargo de fs. 253 vta.) el plazo de la prescripción bienal se encontraba cumplido.

Esta solución no se ve conmovida por el hecho –invocado por el actor– de que la carta documento enviada al Gobernador de la Provincia de Río Negro el 17 de diciembre de 1992 suspendió el curso de la prescripción por un año (conf. artículo 3986, segundo párrafo del Código Civil) pues ello sólo desplazó el vencimiento de la prescripción al 18 de diciembre de 1993, es decir, a un momento muy anterior a la interposición de la demanda. En efecto, cabe recordar que según el artículo 3983 del Código Civil la suspensión inutiliza para la prescripción el tiempo por el cual ella ha durado (en el caso, desde el 17 de diciembre de 1992 al 17 de diciembre de 1993) mas no el lapso anterior y posterior (es decir, desde el 18 de diciembre de 1990 al 17 de diciembre de 1992, y luego del 18 de diciembre de 1993 hasta el 29 de abril de 1998 cuando se presentó la demanda). A igual conclusión cabe arribar si en lugar de tomar la fecha de interposición de la demanda se considera el día en que se inició el beneficio de litigar sin gastos, es decir, el 16 de diciembre de 1994 (de este modo se ha efectuado el cómputo del plazo de la prescripción por aplicación del artículo 3986, segundo párrafo del Código Civil en Fallos: 325:444).

8º) Que en razón de todo lo expuesto, la pretensión de la Provincia de Río Negro acerca del rechazo de las demandas promovidas debe ser acogida por haberse operado la prescripción invocada.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a las excepciones de prescripción opuestas por la Provincia de Río Negro y, consecuentemente, rechazar las demandas presentadas, con costas. (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese. Agréguese copia certificada de esta sentencia a los expedientes acumulados a los que se ha hecho referencia en los resultandos VIII y XII de este pronunciamiento.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia parcial*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia parcial*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia parcial*) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON CARLOS S. FAYT, DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI
Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que frente al prolongado trámite al que ha dado lugar la substanciación de este proceso y el tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia de fs. 843 de estas actuaciones, fs. 679 de la causa G.500.XXXV y fs. 526 del expediente L.260.XXXV, evidentes razones de economía procesal como las señaladas por el Tribunal en los pronunciamientos dictados en las causas “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato” (Fallos: 330:3444), “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2088) y “Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2688), así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia (Fallos: 319:2151

y sus citas), llevan a dejar de lado en el sub lite el nuevo contorno del concepto de causa civil definido por esta Corte en las causas “Barreto” (Fallos: 329:759) y “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2737) –entre muchas otras– y, en consecuencia, a mantener su competencia originaria para dictar sentencia definitiva en las causas referidas.

2º) Que por su naturaleza y efectos propios, corresponde tratar en primer término las excepciones de prescripción opuestas por la Provincia de Río Negro. Al respecto, debe destacarse que en el sub lite no se encuentra controvertido que la responsabilidad que se pretende atribuir a la citada provincia es de naturaleza extracontractual, por lo que el plazo de prescripción es de dos años, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4037 del Código Civil. En consecuencia, corresponde establecer, a partir de las concretas circunstancias de las causas bajo estudio, el *dies a quo* del plazo de la prescripción liberatoria y determinar si han existido actos interruptores o suspensivos de dicho plazo.

3º) Que, en la referida dirección, debe repararse en la entidad de la pretensión jurídicamente demandada (Fallos: 308:1101; 322:1888). En autos, el hecho que sirve de fundamento a las pretensiones resarcitorias de los señores Raúl García, Mario Oscar González y Héctor Fabián Llavel, lo constituye la privación de su libertad ambulatoria –como consecuencia de la prisión preventiva dispuesta–, que reputan de ilegítima y, en el caso de González y Llavel, la causa de la obligación vendrá dada también por el sometimiento a una causa penal cuya tramitación es considerada irregular, situación invocada en similares términos –como extremo de hecho– por García. En ese contexto, la ilicitud invocada tenía dos fuentes; por un lado, la actividad de los miembros de la Policía de la Provincia de Río Negro desplegada al inicio de las actuaciones penales y, por el otro, las irregularidades cometidas por los funcionarios judiciales durante el trámite de la causa penal.

4º) Que, como regla general, el punto de arranque del curso de la prescripción debe ubicarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer (artículo 3958 del Código Civil), lo cual acontece cuando sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad; y, excepcionalmente, cabe determinar un momento diferente si el daño aparece después, pues la acción resarcitoria no nace hasta ese segundo momento. No obstante, en los casos de ejercicio irregular de la función jurisdiccional se requiere,

además, remover la apariencia de licitud de ese hecho dañoso, pues si bien en general la ilicitud surge simultáneamente con la realización de aquél, ello no sucede en los casos como el de autos. En efecto, la ilegitimidad de la conducta dañosa surge en un tercer momento, que es el dictado de la sentencia definitiva que absuelve al procesado.

5º) Que esta última doctrina fue sostenida en Fallos: 322:2525 –voto conjunto de los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert–, bien que con respecto a una causa penal cuya tramitación tuvo una secuencia procesal diversa, y resulta aplicable en el *sub judice* aun cuando el presente no se trata de un supuesto sustancialmente análogo.

6º) Que, en el caso, corresponde considerar que con el sobreseimiento quedó fijado de manera certera el daño que invocan los actores, pues el auto de falta de mérito no remueve las presuntas irregularidades que sustentan sus reclamos. Respecto de la falta de mérito, el artículo 288 del Código Procesal Penal de Río Negro establece que: “cuando en el término fijado por el artículo 285, el juez estimare que no hay mérito para ordenar el procesamiento, ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare, sin perjuicio de proseguir la investigación, y dispondrá la libertad de los detenidos que hubiere, previa constitución de domicilio”.

De la misma lectura de la norma procesal que regula el instituto, queda claro que el dictado de la falta de mérito no pone fin a las actuaciones que continúan en estado de investigación; ni desvincula de manera definitiva a los imputados, más allá de permitirles recuperar la libertad ambulatoria.

La prosecución del sumario permite la obtención y producción de nueva prueba o el hallazgo de una línea de prueba independiente a la anulada, que pueda incriminar al imputado, facultando al juez a dictar nuevamente el procesamiento y la posterior elevación a juicio. Asimismo, de concluir el juicio con una condena, el tiempo transcurrido durante la prisión preventiva, quedaría convalidado con posterioridad y debería compensarse al momento del dictado de la pena.

A diferencia del dictado de la falta de mérito, el artículo 306 del citado ordenamiento prevé que: “el sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta”. En el presente caso, el dictado del auto de falta de mérito,

aun cuando posibilitó que cesara la ilegítima privación de libertad, no desvinculó a los aquí actores de la causa penal, y dejó latente la posibilidad de que, al profundizar la investigación, surgieran nuevas pruebas susceptibles de imputación a su respecto.

En consecuencia, resulta que hasta el momento del sobreseimiento, los actores permanecían afectados a la causa en carácter de imputados y con libertad ambulatoria, pero se mantenían vinculados a la causa y con la obligación de estar a disposición de cualquier requerimiento de la Justicia. Recién en el momento de ser sobreseídos, su situación jurídica ya no puede revertirse ni volver a responsabilizarlos del delito que les fuera endilgado. Por ello, es a partir de que cobra firmeza el sobreseimiento, que debe computarse el inicio del plazo de prescripción, puesto que recién en esa instancia queda descartada la posibilidad de la compensación referida.

7°) Que en relación con la causa iniciada por Raúl García la privación de la libertad ambulatoria que el actor reputa ilegítima, se extendió de manera ininterrumpida desde el 26 de junio de 1989 hasta el 18 de septiembre de 1992 (ver fs. 278 y 1101/1108, respectivamente, de la causa penal ofrecida como prueba), en tanto el sobreseimiento definitivo quedó firme el 2 de agosto de 1995, fecha en la cual el actor fue notificado de esa decisión en la persona de su defensor (fs. 152 de la referida causa).

De acuerdo al criterio indicado en el considerando anterior, esta última fecha constituye el *dies a quo* del plazo de prescripción y, en consecuencia, cabe concluir que a la fecha de presentación de la demanda ante la escribana –1° de agosto de 1997– (fs. 16), y posteriormente ante esta Corte Suprema, en las dos primera horas del 4 de agosto de 1997, el plazo de prescripción no se encontraba cumplido. Por lo cual, en relación al actor García, corresponde rechazar la defensa de prescripción opuesta por la Provincia de Río Negro.

8°) Que respecto de la demanda entablada por Mario Oscar González, los hechos reputados ilícitos se desarrollaron en igual *iter* al indicado en el considerando anterior, mediando sobreseimiento definitivo, también el 31 de julio de 1995.

Ahora bien, siendo este último el punto de inicio del plazo de prescripción, cabe analizar el planteo sostenido por el actor en la contes-

tación ensayada en fs. 466 vta., segundo párrafo, y 467, punto 33, en cuanto pretende que el cómputo se efectúe hasta la fecha de iniciación del beneficio de litigar sin gastos, pues importa una invocación dirigida a la atribución de efectos interruptores en los términos del artículo 3986, primer párrafo del Código Civil.

La norma citada dispone que “la prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor”, acepción que no condice con la naturaleza de la solicitud tendiente a la obtención del beneficio de litigar sin gastos, por lo que no corresponde atribuir a dicho trámite incidencia alguna para alterar el curso de la prescripción (Fallos: 314:217, considerando 13). A su vez, la intervención de quien habrá de revestir el carácter de contraparte en el futuro proceso, se limita a la fiscalización de las pruebas ofrecidas por el interesado en obtener el beneficio y a la posibilidad de impugnar la decisión que se adopte (conf. artículos 80 a 83 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 325:491, considerando 6°). Por lo demás, resultaría una interpretación forzada del texto legal asignarle el carácter de demanda al escrito inicial del beneficio, pues la interposición de la primera resulta el extremo mediante el cual se exterioriza la voluntad de mantener vivo el derecho (Fallos: 326:1420, considerando 7°).

Finalmente, el actor hace referencia vagamente a un supuesto reconocimiento de la obligación por parte de la Provincia de Río Negro, circunstancia que no es apta para su tratamiento, en tanto no se ha aludido a ningún acto específico del Estado Provincial que por su contenido pudiera calificarse dentro del reconocimiento de deuda al que el artículo 3989 del Código Civil atribuye efectos interruptores de la prescripción, es decir, como reza la nota a la citada cláusula, susceptible de ser tenido como una confesión expresa o tácita en tal sentido. Por lo tanto, tampoco es posible determinar si se trata de una manifestación de voluntad que resulta oportuna o anterior al vencimiento del plazo (Fallos: 275:56; 320:1081, 1087) e inequívoca (artículo 917 del Código Civil y Fallos: 312:2152; 328:3590).

En consecuencia, siendo que la demanda se inició el 30 de marzo de 1998, cabe concluir que el plazo de dos años (artículo 4037 del Código Civil) se hallaba largamente cumplido a esa fecha.

9° Que en relación con la causa iniciada por Héctor Fabián Llavel, los hechos considerados ilícitos –privación de la libertad ambulatoria y

sometimiento a la tramitación de la causa penal— se extendieron desde el 26 de junio de 1989 hasta el 18 de diciembre de 1990. En esta última fecha se dictó la absolución del actor y éste recuperó la libertad.

En tales condiciones, el actor se encontraba en situación de ejercer sus derechos a partir de la oportunidad en que la absolución quedó firme, pues —a diferencia de la situación de García y González— a su respecto, con esa decisión, la causa quedó cerrada definitivamente.

De esta forma, el plazo de prescripción comenzó a correr el 18 de diciembre de 1990, circunstancia que trae aparejada la valoración del acto —invocado por el actor— relativo al envío de una carta documento al Gobernador de la Provincia de Río Negro, con fecha 17 de diciembre de 1992.

Dicha carta (ver fs. 279/280), dado su texto, importó una interpe-lación en los términos del artículo 3986, segundo párrafo del Código Civil, de manera que suspendió el curso de la prescripción por un año y, en consecuencia, desplazó su vencimiento al 18 de diciembre de 1993, es decir, a un momento muy anterior a la interposición de la demanda. En efecto, cabe recordar que según el artículo 3983 del Código Civil la suspensión inutiliza para la prescripción el tiempo por el cual ella ha durado —en el caso, desde el 17 de diciembre de 1992 al 17 de diciembre de 1993—, mas no el lapso anterior y posterior —en el *sub lite*, desde el 18 de diciembre de 1992—.

En conclusión, el plazo de prescripción se cumplió el 18 de diciembre de 1993 y, por ende, en fecha muy anterior a la iniciación de la demanda —29 de abril de 1998—.

Esta solución no resulta enervada por la manifestación del actor, expuesta en fs. 281 vta., párrafo 1º, pues, sin perjuicio que caben similares consideraciones que las efectuadas en relación con González, el beneficio de litigar sin gastos fue presentado —16 de diciembre de 1994— una vez ocurrido el plazo de prescripción.

10) Que en razón de todo lo expuesto, la pretensión de la demandada en cuanto al rechazo de las acciones impetradas por los actores González y Llavel debe ser acogida, al haberse operado la prescripción invocada por la Provincia de Río Negro; al no ocurrir similar acaecimiento respecto del actor García (conf. considerando 7º) corresponde

rechazar la excepción interpuesta. No obstante, tomando en cuenta el tenor de la decisión conformada por el voto de la mayoría de esta Corte, resulta inoficioso el análisis respecto de la procedencia de las pretensiones deducidas por este último.

Por ello, se resuelve: 1) Hacer lugar a las excepciones de prescripción opuestas por la Provincia de Río Negro respecto de las acciones incoadas por Mario Oscar González y Héctor Fabián Llavel y, consecuentemente, rechazar las demandas presentadas, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2) Rechazar la excepción de prescripción opuesta por la Provincia de Río Negro respecto de la acción impetrada por Raúl García, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y declarar inoficioso el pronunciamiento sobre las cuestiones de fondo que conforman los reclamos planteados en autos. Notifíquese y, oportunamente, archívese. Agréguese copia certificada de esta sentencia a los casos acumulados a los que se ha hecho referencia en los resultandos VIII y XII de este pronunciamiento.

CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI.

JOSE DOMINGO SZPAKOWSKI c/ DIRECCION GENERAL
DE FABRICACIONES MILITARES

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES.

Corresponde dejar sin efecto la decisión de declarar mal concedido el recurso de apelación por parte del tribunal *a quo*, ya que importa mantener honorarios regulados sobre la base de una liquidación dejada sin efecto por la Corte en un pronunciamiento anterior, y que, de ese modo, no guardan relación con el monto de condena que en definitiva percibirá el actor, todo ello con desconocimiento de la jurisprudencia según la cual la descalificación de una sentencia implica la de las decisiones accesorias a ella, carácter que asiste a lo atinente en materia de costas y honorarios, las que deben seguir la misma suerte, de manera que, al variar —como consecuencia de un nuevo pronunciamiento— el monto del litigio, los honorarios deben ser adecuados a las nuevas circunstancias.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 896 de los autos principales (foliatura a la que me referiré en adelante), la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto a fs. 886/890 por el Estado Nacional –demandado en autos–, como así también el recurso de fs. 884, contra la decisión de la jueza de primera instancia que confirmó la intimación dispuesta a fs. 880. Señaló el tribunal que esta providencia –que lo intimó para que acreditara el diligenciamiento del pago de los honorarios con bonos de consolidación bajo apercibimiento de aplicar astreintes– se encontraba firme y consentida, pues si bien la demandada intentó en el escrito de fs. 881/882 que se la dejara sin efecto, no apeló la decisión que luego fue mantenida en el auto de fs. 883.

– II –

Disconforme con este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 898/910 que, denegado, dio origen a la presente queja.

En lo sustancial, expresa que al declarar mal concedido el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 883, que mantiene la intimación a fin de que se acredite el diligenciamiento del formulario de requerimiento de pago de los honorarios de la perito contadora ante la Oficina Nacional de Crédito Público, el tribunal omitió considerar la reducción de los honorarios profesionales intervinientes a sus justos valores, pues “exceden groseramente el 25% del monto de la condena”. Se agravia porque los emolumentos fijados violan los principios de equidad, equivalencia, congruencia y justa retribución y afectan su derecho de propiedad, en tanto no se tiene en cuenta que, al haberse practicado una nueva liquidación del capital de condena de conformidad con las pautas de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fs. 773/774, es necesaria la revisión de los honorarios regulados sobre la suma que quedó sin efecto.

– III –

Si bien las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales de la causa no son, en principio, revisables mediante la vía del art. 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicha regla cuando la decisión frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente, lo que traduce una violación a la garantía del debido proceso adjetivo consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional (v. Fallos: 319:2313; 324:3664, entre otros).

A mi modo de ver, dicha situación excepcional se configura en el *sub lite*, toda vez que la Cámara, con apoyo en meras consideraciones formales y aun advirtiendo la confusión que se generó al encuadrar el recurso deducido en el art. 244 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que la jueza de primera instancia en la resolución de fs. 883 no hizo lugar a la oposición manifestada a fs. 881/882 manteniendo el criterio adoptado a fs. 880, se limitó a señalar dogmáticamente que esta última providencia se encontraba firme y consentida.

En efecto, al declarar mal concedido el recurso interpuesto por la demandada, el *a quo* omitió considerar los serios argumentos invocados con relación a que, al presentar la liquidación de conformidad con las pautas de la nueva sentencia dictada a fs. 791/793, solicitó la revisión de los honorarios regulados al letrado de la actora, al perito consultor técnico y a la perito contadora, con fundamento en que la base regulatoria que se había tenido en cuenta en su oportunidad quedó sin efecto (v. presentación de fs. 861/862). Tales cuestiones fueron nuevamente alegadas a fs. 881/882 al oponerse a la intimación dispuesta a fs. 880 para que acredite el diligenciamiento del formulario de requerimiento de pago ante la Oficina Nacional de Crédito Público, escrito en el que puso de resalto que, en atención al fallecimiento del actor, se había dispuesto la suspensión del proceso y la citación de los herederos. Asimismo, en la apelación de fs. 886/890, señaló la inequidad manifiesta que se produce por la diferencia entre la suma que se consigna en la liquidación pendiente de traslado y la que reclama la perito contadora, pues esta última es siete veces superior a la primera.

Pese a que tales agravios son susceptibles de tener una influencia decisiva para efectuar el cálculo de los honorarios de manera que se ajuste a las nuevas pautas fijadas en el pronunciamiento de fs. 791/793, el *a quo* las soslayó al amparo de normas procesales que no pueden

ser utilizadas con prescindencia de la finalidad que las inspira y con el olvido de la verdad jurídica (Fallos: 317:1845).

En este orden de ideas, estimo que resultan aplicables al *sub lite* las consideraciones vertidas por V.E. al pronunciarse a fs. 773/775 respecto del modo en que debía practicarse la liquidación del monto de la condena. En aquella decisión señaló, precisamente, que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de justicia y que, si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes, nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo. Añadió que frente a la seriedad de los planteos que introdujo la demandada se imponía su consideración por la alzada, so consecuencia de arriesgar, bajo el supuesto amparo de normas adjetivas, la correcta solución del pleito (Fallos: 323:2562).

Habida cuenta de ello, pienso que la decisión apelada vulnera en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional sobre la base de la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

– IV –

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que dicte una nueva conforme a lo expuesto. Buenos Aires, 29 de septiembre de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 1° de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional, Ministerio de Economía y Producción en la causa Szpakowski,

José Domingo c/ Dirección General de Fabricaciones Militares”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que esta Corte, en la sentencia del 23 de diciembre de 2004 dictada en la causa S.1221.XXXVI. “Szpakowski, José Domingo c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”, descalificó el fallo de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había mantenido la liquidación aprobada en cuanto hubiere lugar por derecho, omitiendo considerar los serios planteos introducidos por la demandada que remitían al examen de cuestiones susceptibles de tener influencia decisiva para calcular el monto de condena y, en consecuencia, sobre el recto cumplimiento del fallo firme y consentido (fs. 773/775).

En dicho pronunciamiento se destacó que “...en caso de mantenerse la decisión impugnada se estaría reconociendo al actor la suma de \$ 868.065,13 por el suplemento adeudado durante 17 años, cuando su sueldo oscilaría los \$ 900, lo que traduciría una fuente injustificada de enriquecimiento en su favor” (considerando 8º).

2º) Que, en lo que especialmente interesa al caso, ya en febrero de 1999 se habían regulado honorarios tomando como base la liquidación posteriormente dejada sin efecto por este Tribunal. Para el letrado de la parte actora, Dr. Rubén Alfonso Ferola, se fijaron \$ 107.300 y para la perito contadora, Elsa Sabbattini de Grippo, \$ 35.800. Estos emolumentos, todos a cargo de la parte demandada en función de la condena en costas, fueron confirmados por la cámara en el mes de mayo de ese mismo año, regulándose asimismo la suma de \$ 29.500 al Dr. Ferola por su actuación en la alzada (fs. 238).

3º) Que la nueva liquidación practicada por la parte actora en cumplimiento de lo establecido en el nuevo fallo dictado por la cámara según los lineamientos fijados por esta Corte, arrojó la suma de \$ 14.140,86 (fs. 809), que fue observada por la demandada cuyos cálculos arrojaron un total de \$ 5.807,57 (fs. 860).

4º) Que, posteriormente, frente a la intimación que se le cursó para que acreditara el trámite de los requerimientos de pago en bonos de consolidación correspondientes a los honorarios de la perito contadora,

la demandada se opuso pidiendo que se la dejara sin efecto; solicitó también que se aprobara la nueva liquidación del monto de condena y que se readecuaran los honorarios a los nuevos valores en juego (fs. 881/882).

5° Que el rechazo de estos planteos por parte del juez de primera instancia motivó la interposición de dos recursos de apelación; el primero fue declarado desierto y, el segundo, fue declarado mal concedido por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 896).

Contra este último pronunciamiento, la demandada dedujo el recurso extraordinario federal (fs. 898/910) cuya denegación (fs. 914) originó la presente queja.

6° Que resultan aplicables al *sub lite* las consideraciones expuestas por esta Corte en el pronunciamiento de fs. 773/775 en el sentido de que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de justicia y de que, si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes, nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo (Fallos: 238:550 y 278:85).

7° Que en el supuesto en examen, frente a la seriedad de los agravios planteados por la demandada, susceptibles de tener influencia decisiva para efectuar el cálculo de los honorarios de manera que éstos se ajusten al monto de condena resultante de las nuevas pautas establecidas en la causa, se imponía su consideración por la alzada, so consecuencia de arriesgar, bajo el supuesto amparo de normas adjetivas, la correcta solución de la cuestión en debate (Fallos: 323:2562).

8° Que, en ese sentido, la decisión de declarar mal concedido el recurso de apelación por parte del tribunal *a quo* importa mantener honorarios regulados sobre la base de una liquidación dejada sin efecto por este Tribunal y que, de ese modo, no guardan relación con el monto de condena que en definitiva percibirá el actor; todo ello con desconocimiento de jurisprudencia de esta Corte según la cual la descalificación de una sentencia implica la de las decisiones accesorias a ella, carácter que asiste a lo atinente en materia de costas y honorarios (Fallos: 297:536 y 298:538), las que deben seguir la misma suerte, de

manera que al variar, —como consecuencia del nuevo pronunciamiento— el monto del litigio, los honorarios deben ser adecuados a las nuevas circunstancias (Fallos: 308:2009).

9º) Que, en estas condiciones, la decisión recurrida vulnera en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional sobre la base de la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario federal y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 38. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por el **Estado Nacional, Ministerio de Economía y Producción**, representado por los **Dres. Rodolfo Mancuso Pintos y Julio A. J. Scarpino, en calidad de apoderados.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11.**

MAURICIO FERREYRA c/ PARMALAT COMPAÑIA LACTEA DEL SUR S.A.

CONCURSO PREVENTIVO.

Dado que el artículo 4º de la ley 26.086 —que substituyó el artículo 21 de la ley 24.522— dispone que los procesos de conocimiento en trámite y juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el proceso y verificar su crédito de conformidad con el trámite previsto por el artículo 32 del ordenamiento concursal, quedan excluidos de la radicación ante el juez que entiende en el proceso universal, si

la actora insinuó su crédito en los términos de dicha norma, tal opción ejercida torna operativo el fuero de atracción del concurso.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Los jueces del Tribunal del Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de Dolores, Provincia de Buenos Aires y el magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 25, discrepan en torno a la competencia para entender en la presente causa (v. fs. 163, 167 y 170).

En tales condiciones, se suscita una contienda jurisdiccional que corresponde resolver a V.E. de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

Cabe precisar, que el artículo 7° de la ley 26.086, sustituyó el artículo 132 de la ley 24.522 y, en lo pertinente, al remitir al artículo 21 de este último cuerpo legal (modificado por el art. 4° de la ley 26.086), dispuso que los juicios laborales quedan excluidos de los efectos del fuero de atracción, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito, conforme lo establecido por el artículo 32 y concordantes de la Ley de Concursos y Quiebras.

En tales condiciones, entiendo que en las presentes actuaciones se configura tal supuesto, toda vez que, según surge a fojas 160/2, el actor optó por la verificación del crédito en la quiebra.

En ese contexto es oportuno aclarar que el artículo 21 antes referido, sólo dispone la suspensión del trámite ante la opción del acreedor, más no expresamente el desplazamiento de las actuaciones al juzgado Comercial, sin perjuicio de la facultad del juez de la quiebra de solicitar la remisión del expediente a los fines que estime pertinentes, medida que no importaría asumir la discutida competencia.

Por lo expuesto, opino que las presentes actuaciones deberán quedar radicadas ante el Tribunal del Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de Dolores, Provincia de Buenos Aires, en los términos y alcance antes indicados. Buenos Aires, 9 de diciembre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 1° de junio de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que tanto los jueces del Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial de Dolores, Provincia de Buenos Aires, como el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 25, se declararon incompetentes para entender en la causa, quedando trabado un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a esta Corte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 inc. 7° del decreto-ley 1285/58.

2°) Que es uniforme y constante jurisprudencia de este Tribunal que las leyes modificatorias de jurisdicción y competencia por ser de orden público, aun en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes (Fallos: 306:1223, 1615 y 2101; 316:2695, y más recientemente, 327:5261), siempre que no se deje sin efecto lo actuado de conformidad con leyes anteriores (Fallos: 200:180), toda vez que ello importaría un obstáculo para la pronta tramitación de los procesos que exige una buena administración de justicia.

3°) Que de tal forma, esta contienda debe resolverse por aplicación de la ley 26.086, modificatoria de la ley 24.522.

4°) Que el artículo 4° de la ley 26.086, que sustituyó el artículo 21 de la ley 24.522, aplicable en la especie por la remisión prevista en el artículo 7° de esa norma, dispone —en lo que aquí interesa— que los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el proceso y verificar su crédito de conformidad con el trámite previsto por el artículo 32 del ordenamiento concursal, quedan excluidos de la radicación ante el juez que entiende en el proceso universal.

5°) Que surge de las constancias de la causa que la actora insinuó su crédito en los términos del artículo 32 del ordenamiento concursal. De tal forma, la opción ejercida por la acreedora, torna operativo el fuero de atracción del proceso universal.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 25, al que se le remitirán. Hágase saber al Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial de Dolores, Provincia de Buenos Aires.

CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA
— E. RAÚL ZAFFARONI.

DEOLIDIA ALEGRE DE ORTIZ c/ ANSES

JUBILACION DE DOCENTES.

Si la actora obtuvo su jubilación ordinaria según las disposiciones de la ley 18.037 porque aunque reunía los restantes recaudos para solicitar su prestación de acuerdo con las disposiciones del régimen especial para docentes instituido por la ley 24.016, para esa fecha no tenía los 57 años de edad requeridos por este estatuto, la pretensión de obtener la transformación de su beneficio en los términos de la ley 24.016 resulta improcedente pues, además de que esa posibilidad no está contemplada en dicha ley, el decreto reglamentario 473/92 establece de modo expreso la imposibilidad de transformar o reajustar un beneficio obtenido sobre la base de normas legales derogadas o modificadas por las leyes 23.966 y 24.016, si los requisitos exigidos se cumplieran después del 31 de diciembre de 1991.

JUBILACION DE DOCENTES.

El criterio de ajuste jubilatorio que surge de las causas “Monzo”, “Sánchez” y “Badaro” deberá ser implementado sólo hasta el 30 de abril de 2005, ya que a partir del 1° de mayo de ese año comenzó a regir el decreto 137/2005, que creó el suplemento denominado “Régimen Especial para Docentes”, que junto con la Resolución N° 33/2005 de la Secretaría de Seguridad Social deben ser aplicados sin que obste que la demandante no haya solicitado en forma expresa su aplicación, ya que el principio *iuria novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 1° de junio de 2010.

Vistos los autos: “Alegre de Ortiz, Deolidia c/ ANSeS s/ reajustes varios”.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que rechazó la pretensión de la actora dirigida a obtener el reajuste de su jubilación en los términos de la ley 24.016, en razón de que a la fecha del cese de tareas no alcanzaba la edad de 57 años requerida por el citado estatuto especial, y en forma subsidiaria ordenó que la movilidad de la prestación se practicara de acuerdo con las disposiciones de la ley 18.037, ambas partes dedujeron recursos ordinarios de apelación que fueron concedidos según lo dispuesto por el art. 19 de la ley 24.463.

2º) Que la actora sostiene que la cámara ha efectuado una aplicación estricta del decreto 473/92, reglamentario de la ley 24.016, pues considera que su situación debió haber sido analizada desde el punto de vista de las características especiales de sus tareas que, según afirma, fueron realizadas en zona desfavorable, lo que la habilitaba a acceder al retiro de la actividad sin perder su condición de docente.

3º) Que dichos agravios no pueden prosperar. De las constancias de la causa surge que la actora cesó en forma definitiva en sus funciones el 31 de mayo de 1994 y que obtuvo su jubilación ordinaria según las disposiciones de la ley 18.037, porque aunque reunía los restantes recaudos para solicitar su prestación de acuerdo con las disposiciones del régimen especial para docentes instituido por la ley 24.016 –también vigente a dicha fecha–, para ese entonces no tenía los 57 años de edad requeridos por este estatuto (fs. 15 y 18/18 vta., del expediente administrativo).

4º) Que, por tal motivo, la pretensión de obtener la transformación de su beneficio en los términos de la ley 24.016, resulta improcedente

pues, además de que esa posibilidad no está contemplada en dicha ley, el decreto reglamentario 473/92 establece de modo expreso la imposibilidad de transformar o reajustar un beneficio obtenido sobre la base de normas legales derogadas o modificadas por las leyes 23.966 y 24.016, si los requisitos exigidos por esas normas para el reajuste requerido se cumplieran después del 31 de diciembre de 1991.

5°) Que los elementos de juicio agregados a la causa no permiten soslayar tal exigencia legal; empero, dado que los planteos de la parte se encuentran orientados a obtener la recomposición y la movilidad de su haber previsional, corresponde ordenar que para la determinación del haber inicial y su posterior movilidad se apliquen las pautas fijadas por esta Corte en las causas “Monzo” (Fallos: 329:3211), “Sánchez” (Fallos: 328:1602 y 2833) y “Badaro” (Fallos: 329:3089 y 330:486).

6°) Que el criterio de ajuste ordenado deberá ser implementado sólo hasta el 30 de abril de 2005, pues a partir del 1° de mayo de ese mismo año comenzó a regir el decreto 137/2005, que creó el suplemento denominado “Régimen Especial para Docentes” con el fin de abonar a sus beneficiarios la diferencia entre el monto del haber jubilatorio otorgado según las previsiones de la ley 24.241 y el 82% establecido por el art. 4° de la ley 24.016.

7°) Que en el marco del citado decreto, la Secretaría de Seguridad Social dictó la resolución número 33/2005, a los efectos de posibilitar la aplicación de la referida ley 24.016. En tal sentido, el artículo 9° estableció que los docentes beneficiarios de prestaciones otorgadas por las leyes 18.037, 22.955, 23.895, 24.016 y 24.241, sus complementarias y modificatorias podrían solicitar el pago del referido suplemento, siempre que a la fecha de su expresa petición acreditaran el cumplimiento de los requisitos para tener derecho al mismo, y el artículo 10 dispuso que la fecha inicial de pago sería la de la petición expresa, realizada a partir de la vigencia de dicho suplemento.

8°) Que la solución que antecede no puede verse modificada aunque la demandante no haya solicitado en forma expresa la aplicación del decreto 137/2005 y de la resolución 33/2005. En efecto, el principio *iuria novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (Fallos: 310:1536,

2733; 321:1167, entre otros), máxime cuando de las constancias de la causa surge de manera inequívoca el carácter docente de los servicios prestados por la peticionaria que se desempeñó al frente de alumnos por más de treinta años.

9º) Que atento al modo como se dispuso la recomposición del haber del beneficio, resulta inoficioso que este Tribunal se expida sobre los cuestionamientos de la ANSeS al respecto. Tampoco pueden ser atendidos los restantes agravios relacionados con la tasa de interés, la validez constitucional de los arts. 16, 17, 22 y 23 de la ley 24.463 y 82 de la ley 18.037, toda vez que no se refieren a aspectos específicos de la sentencia apelada.

Por ello, el Tribunal resuelve: declarar desierto el recurso ordinario deducido por la ANSeS, procedente el interpuesto por la actora y ordenar que el reajuste del haber de la prestación se practique de acuerdo con las pautas fijadas en el presente fallo. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso **ordinario** interpuesto por **Deolidia Alegre de Ortiz, actora en autos**, representada por el **Dr. Pablo Knopoff, en calidad de apoderado.**

Recurso ordinario interpuesto por la ANSeS, **demandada en autos**, representada por el **Dr. Darío R. Polverini, en calidad de apoderado.**

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 2.**

EDUARDO JOAQUIN CANAVESI Y OTRA c/ DIARIO 'EL DIA' SOC. IMPR.
PLATENSE S.A.C.I.

LIBERTAD DE EXPRESION.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que confirmó la resolución que había condenado a la publicación a abonar una indemnización por daños y perjuicios originados a raíz de la difusión de una información vinculada con un fallecimiento que habría sido producto de un aborto, si la simple reproducción de noticias proporcionadas por las autoridades públicas, aún cuando sean falsas, no excede el

ejercicio regular del derecho de crónica, ya que la calidad de la fuente exonera a la prensa de indagar la veracidad de los hechos y no existió un menosprecio por la realidad de los hechos, ni un proceder improcedente respecto de la intimidad y el buen nombre de las personas sino que por el contrario se suministró una información que provino de una comunicación obrante en una actuación policial, que fue proporcionada por fuentes que pueden considerarse confiables, sin que su contenido haya sido distorsionado por la prensa.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

LIBERTAD DE EXPRESION.

Corresponde confirmar la sentencia que confirmó la resolución que había condenado al diario por la divulgación de información inexacta sobre el deceso de la hija de los demandantes causando así mortificación en sus sentimientos, ya que la prensa debe obrar con mayor cautela hacia las personas que menciona en sus publicaciones cuando ellas no son funcionarios ni figuras públicas, pues su vida privada es mucho más vulnerable y difícil de reparar ante la divulgación de falsedades, bastando que la falsa presentación de los hechos haya sido hecha con simple culpa para que el medio deba responder por los daños y perjuicios causados (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

Los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría (fs. 416/448) resolvieron desestimar los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley deducidos a fojas 374/391 contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Segunda de Apelación del Departamento Judicial de La Plata, que confirmó la resolución de la instancia anterior en cuanto había condenado al Diario “El Día Sociedad Impresora Platense” a abonar a los señores Eduardo Joaquín Canavesi y María Teresa García una indemnización por daños y perjuicios originados por la publicación de noticias vinculadas con los hechos que rodearon el fallecimiento de su hija y redujo los montos indemnizatorios.

En síntesis para así decidir, los jueces del máximo tribunal provincial, indicaron que carecen de entidad las alegaciones vertidas por la empresa periodística respecto a que la información difundida deriva

de peritajes agregados a la causa penal. En tal sentido, aclararon que las publicaciones en cuestión informaban, en forma asertiva, que la causa del deceso se produjo como consecuencia de un aborto, citando en apoyo de tal afirmación el informe pericial preliminar practicado por la Policía Bonaerense, cuyo contenido –señalaron– fue tergiversado, por cuanto allí se utilizó el tiempo de verbo potencial.

Concluyeron que medió intencionalidad en el tratamiento de la información. Asimismo, en relación a la responsabilidad civil por la difusión de noticias, rechazaron el agravio del apelante, al entender que la posterior noticia aclaratoria no subsanaba el daño producido y además, agregaron que no resultaba aplicable al caso, la doctrina de la real malicia.

– II –

Contra el pronunciamiento del Tribunal Superior Provincial, la parte demandada interpuso recurso extraordinario federal (fs. 453/463), que fue concedido a fojas 471.

Sostiene el recurrente que la sentencia apelada es arbitraria por cuanto el tribunal efectuó una apreciación absurda de la prueba, sin tener presente los elementos y peritajes que se habían realizado al tiempo de cada publicación periodística. Alega que no puede atribuirse responsabilidad por informar sobre hechos efectivamente ocurridos, en orden a que la información difundida fue proporcionada por el comisario instructor quien consignó que las causales del deceso se atribuyeron a maniobras abortivas.

Por otra parte, aduce que el tribunal superior provincial se apartó de la cuestión esencial del litigio en tanto omitió pronunciarse sobre si existió obstrucción o entorpecimiento de la función de informar, lo que afecta la garantía constitucional del debido proceso. Se agravia, también de la supremacía que en la escala constitucional se otorga a los derechos personalísimos sobre el de la libertad de expresión.

– III –

En primer lugar, estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del artículo 14 inciso 3° de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión impugnada es contraria al

derecho que los recurrentes pretenden sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, así como en la interpretación de la doctrina de V.E., pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre sí (conf. Fallos: 325:50; 326:4931; 327:943, 3536, entre muchos otros).

– IV –

Sentado ello, cabe señalar que el pronunciamiento de fojas 416/448 prescindió considerar que la difusión de la noticia inicial publicada el 6-4-1995 y reiterada en las posteriores notas (fs. 3 y 4) fue atribuida a una fuente específica cual es la comisaría 9na y el comisario Jorge Piazza. En ese orden, se advierte que la publicación, refiere lo actuado por el SEIT en la experticia preliminar, información que surgió de la comunicación policial del 5-4-1995 obrante a fs. 36 de la causa penal N° 9050, en la que el referido comisario dio cuenta al Juzgado interviniente acerca de las causales del deceso de la víctima en forma asertiva y recarató el sumario como “Aborto seguido de muerte”.

Por otra parte, advierto que el tribunal omitió considerar las fechas en que, con relación a las primeras publicaciones, los posteriores informes periciales agregados a la causa penal modificaron el resultado de las investigaciones científicas iniciales sobre las causas del deceso, circunstancia que fue informada oportunamente por el medio demandado.

Sobre el particular, corresponde poner de resalto que la simple reproducción de noticias proporcionadas para la difusión por las autoridades públicas, aún cuando sean falsas, no excede el ejercicio regular del derecho de crónica, pues la calidad de la fuente exonera a la prensa de indagar la veracidad de los hechos, y porque la previa averiguación de la noticia en tales supuestos limitaría ese derecho, estableciendo una verdadera restricción a la libertad de información, circunstancias éstas que se configuran en el *sub lite*. Bien entendido, sin embargo, que ese derecho de información debe ejercitarse con prudencia y dentro de los límites objetivos, y no aparecer motivado por finalidades injuriosas o calumniosas (v. doctrina de Fallos: 310:508 –voto del Dr. José Severo Caballero–, 316:1623; 321:3596 –voto de los Dres Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano–).

En atención a lo expuesto, procede destacar que, tal como lo sostuvo el Dr. Pettigiani en su voto disidente, las noticias publicadas fueron redactadas en casi idénticos términos que las constancias de la fuente mencionada. En ese contexto, observo que no ha existido un menosprecio por la realidad de los hechos, ni un proceder improcedente respecto de la intimidad y el buen nombre de las personas. Por el contrario suministró una información que provino de una comunicación obrante en una actuación policial, que fue proporcionada por fuentes que pueden considerarse confiables, sin que su contenido haya sido distorsionado por la prensa.

Finalmente vale señalar, que V.E. ha expresado reiteradamente, a partir del caso Campillay (Fallos: 308:789), que el medio periodístico se exime de responsabilidad cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente –tal como ocurre en el caso–, dado que aquélla dejaría de serle propia. Ha dicho además que, cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado, resultando beneficiados los afectados por la información, en la medida que sus eventuales reclamos –si ellos se creyeran con derecho–, podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes la noticia realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (v. doctrina de Fallos: 316:2394, 2416; 324:2419 entre otros).

Por ello, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso interpuesto y revocar la sentencia apelada con el alcance indicado. Buenos Aires, 29 de noviembre de 2007. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Canavesi, Eduardo Joaquín y otra c/ Diario ‘El Día’ Soc. Impr. Platense SACI s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquélla, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada, con los alcances indicados en el dictamen. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Se trata el caso de una demanda entablada por los padres de Stella Maris Canavesi contra el Diario “El Día” de la ciudad de La Plata, con el objeto de obtener una reparación monetaria de los daños que les habría producido la publicación de noticias sobre la muerte de su hija, en las que se atribuye el fallecimiento a prácticas abortivas. En lo que aquí importa, la parte actora señaló que las publicaciones habían dado como cierto lo que la policía estimaba sólo probable —y a la postre resultara falso—, interfiriendo de ese modo en sus derechos, causándole daño a sus sentimientos y alterado su vida de relación.

El diario demandado contestó que los hechos difundidos no constituían ningún ataque al honor, no eran calumnias ni injurias; que la información correspondía con la que surgía del expediente judicial en ese momento, en especial la proporcionada por la autopsia realizada por el Servicio Especial de Investigaciones Técnicas (SEIT) y que la decisión de divulgar esa información fue tomada por tratarse de un

tema de interés público como es el de las prácticas quirúrgicas clandestinas.

Las sentencias de primera y segunda instancia admitieron la demanda en cuanto el diario no consiguió demostrar que las referencias periodísticas a las causas del fallecimiento encontraban respaldo en las constancias de la causa penal. El fallo dictado por la cámara dice expresamente que la legitimidad de publicaciones que lesionan el honor está “supeditada a la veracidad de la noticia y a que no se dé por cierta la comisión del delito hasta que recaiga sentencia definitiva”. También se consignó que la publicación posterior de notas en que se informaba sobre las verdaderas causas de la muerte no reparaba el daño ya provocado.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, rechazó los recursos interpuestos contra el fallo condenatorio. En el voto que hizo mayoría, el juez Negri comenzó por aclarar que el caso no involucraba una agresión a los derechos de la fallecida Canavesi, sino a la intimidad de sus progenitores quienes, por consiguiente, actuaban como damnificados directos y en defensa de su propio interés (fojas 420 vta.). Más adelante, señaló que las notas publicadas por el diario “El Día” no derivaban de la causa penal en la que se investigaban las circunstancias del deceso, toda vez que en el informe médico obrante en esas actuaciones se utilizaba el modo potencial para referirse al aborto como causa de la muerte, mientras que en las crónicas periodísticas cuestionadas se utilizó “la forma asertiva”. También hizo mérito del error en que incurrieron las publicaciones respecto de la “carátula”, puesto que, dijo, “existen notorias diferencias entre una carátula por ‘muerte dudosa’...que significa tanto como decir averiguación de causales de muerte, de una –como lo afirman en la noticia– ‘muerte por aborto’”. Estimó, finalmente, que resultaba indudable la lesión sufrida por los progenitores “cuya vida familiar se ve afectada por la difusión de noticias inexactas y que afectan su propio honor e intimidad”.

El diario “El Día” ha interpuesto recurso de apelación federal por ante esta Corte Suprema mediante el cual pone en cuestión la manera en que el superior tribunal provincial interpretó y resolvió el punto relacionado con la libertad de prensa reconocida en el artículo 14 de la Constitución Nacional. En especial, objeta el fallo apelado en cuanto examinó el caso como si se tratase de publicaciones difamatorias, calumnias o injurias hacia los demandantes, pese a que ninguna refe-

rencia a ellos se hizo en las notas policiales que, además, aluden a la fallecida como víctima y no como autora de ilícito alguno. Por otra parte, insiste en que las publicaciones no respondieron a la intencionalidad de perjudicar o injuriar y no eran otra cosa que una reproducción del expediente penal en que se instrumentaba la investigación sobre las causas del deceso.

2º) En la medida que la parte recurrente ha fundado su derecho en la libertad de prensa, reconocida en el artículo 14 de la Constitución Nacional, según la interpretación que de esa cláusula ha hecho esta Corte Suprema admitiendo limitaciones a la responsabilidad civil de los medios de comunicación, y en atención a que la decisión ha sido contraria a ese derecho, corresponde admitir el recurso extraordinario en los términos del artículo 14, inciso 3º de la ley 48.

3º) De las notas que dieron lugar a la demanda, la primera fue publicada, según lo afirma la actora sin controversia de la contraparte, el día 6 de abril de 1995 y su texto, agregado a fojas 3, es el siguiente:

“Investigan la muerte de otra joven por una maniobra abortiva”.

“A pesar del hermetismo existente, pudo saberse que personal de las comisarías 8va. y 9na. está investigando otro caso, donde una joven habría muerto como consecuencia de una maniobra abortiva”.

“En la comisaría 9na. se tomó conocimiento, a través del Hospital General San Martín, que a dicho nosocomio había ingresado una joven de 20 años, identificada como Stella Maris Canavesi, domiciliada en la calle 1 entre 76 y 77, presentando un paro cardiorespiratorio. Ante la gravedad del cuadro, fue internada en la sala de terapia intensiva, donde alrededor de las 20, la nombrada dejó de existir”.

“Como consecuencia de ello, tomó intervención la comisaría 9na., resolviéndose trasladar el cadáver a la morgue policial, a los fines de practicársele la correspondiente autopsia por parte de profesionales del SEIT de la Policía Bonaerense”.

“Dicha operación arrojó que las causales del deceso de la joven fueron como consecuencia de una maniobra abortiva, realizadas entre 24 y 48 horas antes de su muerte. También se comprobó que tenía una

gestación de aproximadamente un mes y medio, por lo que se extrajo el útero para la realización de diversas pericias médicas y químicas”.

“Ante el resultado de la autopsia la investigación tomó un giro imprevisto y es así que, ante un nuevo caso de muerte por maniobra abortiva, el comisario Jorge Piazza, que también está a cargo del sumario donde se investiga a las obstetras (...) y (...) por este tipo de operaciones y tráfico de bebés, ordenó la realización de varias pesquisas iniciales, que apuntaban al objetivo final de establecer dónde se realizó el aborto y quiénes fueron los autores”.

“LA VICTIMA”

“Así, se pudo establecer que la víctima era casada y separada, que tenía sus estudios secundarios completos y que hasta hace dos meses estuvo trabajando en un supermercado”.

“Al cierre de la presente edición, en la comisaría 9na. el comisario Piazza y personal del servicio externo, estaban recibiendo declaración a los padres de la víctima, quienes –según trascendidos– no sabían nada de que se iba a realizar un aborto, ni tampoco en dónde se lo hizo”.

“Pudo saberse también que se iba a citar a declarar al hermano de la joven y a su círculo de amistades.

“Por último, el caso está caratulado ‘Muerte por aborto’, con intervención de la jueza Elba Demaría Massey”.

Días después, se publicaron notas que, con un contenido similar, llevaban los siguientes titulares: “Se presenta ‘muy cerrada’ la investigación de la joven que murió por un aborto mal practicado”. (7 de abril) y “Poco avance en la investigación de la joven que murió por un aborto” (9 de abril).

4º) Con carácter preliminar, corresponde puntualizar que en la presente causa, de acuerdo con la reconstrucción de los hechos que sirvieron de base a las sentencias dictadas en las sucesivas instancias, versa sobre una lesión a los sentimientos y a la vida de relación de los demandantes ocasionada por las inexactitudes publicadas sobre la muerte de su hija.

No es entonces el derecho a la honra, también llamado al “honor” (artículo 1089 del Código Civil) lo que está en juego, sino el derecho a

la vida privada y, en particular, uno de los diversos supuestos en que, según el artículo 1071 bis del Código Civil, ella puede verse alterada: la mortificación arbitraria en los sentimientos o costumbres de las personas.

Sin embargo, la sentencia dictada por el superior tribunal de la provincia ha señalado como fuente de esa mortificación el carácter inexacto de la información contenida en las crónicas policiales publicadas en diversas ediciones del diario demandado. Por lo tanto, aún cuando el caso no es de aquellos en que se trata de lesiones al honor o reputación, sí guarda una importante analogía con éstos en cuanto la fuente del daño radica en divulgación de información falsa.

Es menester comparar entonces los criterios con que esta Corte ha tratado demandas fundadas en el derecho a la vida privada y en el derecho al honor o reputación, para decidir cuál de ellos resulta apropiado a la controversia sometida a nuestra decisión.

5º) En el caso “*Menem v. Editorial Perfil*” (Fallos: 324:2895), el Tribunal confirmó la condena a un medio de prensa por invadir la vida privada del demandante mediante la difusión de información de carácter íntimo que éste tenía derecho a mantener en reserva.

La decisión se tomó sin entrar a considerar la verdad o falsedad de la información publicada, e incluso se dejó expresamente dicho que esa constatación resulta por completo irrelevante cuando la lesión consiste en una intromisión o invasión en la esfera de intimidad del actor (Fallos: 324:2895, 2906 –voto mayoritario–, 2915-16 –voto del juez Belluscio– y 2920 –voto del juez Vázquez–).

Por otro lado, esta Corte ha resuelto que no da lugar a resarcimiento económico la publicación de información privada cuando se trata del reporte exacto de una sentencia judicial o, más genéricamente, de datos obrantes en un registro de carácter público, condición ésta que debilita el derecho a la intimidad –Fallos: 316:1623 “*Pérez Arriaga*”, especialmente su considerando 13–, es decir, el derecho del individuo a controlar el uso de tal información. El pronunciamiento se situó en la misma línea que el caso “*Cox Broadcasting Corp.*” (420 U.S. 469), dictado por la corte norteamericana.

Esta línea jurisprudencial ha establecido entonces las condiciones en que el individuo cuenta con derecho a controlar o gobernar el acce-

so de terceros a determinada información personal que es calificada como “íntima”, derecho que puede ser violado por el uso de esos datos sin la autorización de su titular, cualquiera sea la veracidad con que el medio de prensa la difunda.

Si bien es cierto que la presente causa ha sido iniciada por una alteración a la vida privada, la regla que se acaba de recordar no resulta de aplicación, puesto que, como ya se dijo, la demanda no se funda en la difusión de información íntima, sino en el sufrimiento infligido a los sentimientos de los actores por la falsedad de la publicación; por lo tanto, este último aspecto de la cuestión dista de ser irrelevante para la solución del caso.

Por otra parte, hay un obstáculo adicional para utilizar el criterio seguido en “*Menem v. Editorial Perfil*”. Se trata en esta causa de una crónica policial sobre una muerte por causas dudosas que eran investigadas en un sumario judicial, materia que, por su relevancia para el derecho penal, resulta de interés para la población en general. No se trata, por ende, de cuestiones que, en atención a su contenido íntimo, correspondan al exclusivo manejo del individuo en cuanto a la decisión de su divulgación o reserva.

6º) Resta evaluar la propiedad de extender a casos como el presente, los criterios seguidos por el Tribunal para decidir sobre lesiones al honor o la reputación por medio de la prensa.

Es concebible que la publicación de información falsa acerca de una persona pueda, simultáneamente, tener diversos efectos sobre sus derechos y, al tiempo que daña su reputación también alterar los sentimientos y la tranquilidad de quien es mencionado, es decir, el derecho a las demás condiciones que hacen posible la vida privada y que son mencionadas en el artículo 1071 bis del Código Civil. Claro que, como sucede en autos, esa vinculación puede estar ausente cuando la información cuestionada no tiene idoneidad para afectar la honra de los actores, pero sí, según se ha resuelto en las tres instancias anteriores, para mortificar sus sentimientos y perturbar el desenvolvimiento de su vida familiar.

La señalada circunstancia de que la publicación de información falsa tenga potencialidad para lesionar simultáneamente la reputación y los sentimientos del individuo, torna recomendable utilizar

para ambos tipos de casos el mismo estándar y ello por dos motivos. El primero, de carácter normativo, atiende a que el derecho a la vida privada y el derecho a la honra no guardan entre sí ninguna relación de prelación o subordinación que justifique tratarlos de manera diferente ante las falsedades difundidas por los medios de prensa. El segundo es un motivo de prudencia, pues, dada la frecuente simultaneidad de lesiones, otorgar mayor protección a uno de ellos abriría las puertas a la estrategia de demandar en función de ese derecho, burlando así la protección acordada a la prensa contra las demandas fundadas en el otro.

Por lo tanto, es menester exportar los criterios constitucionales creados para las demandas por publicaciones falsas que lesionan la honra o reputación a las demandas por publicaciones falsas que agreden la vida privada, cuales son: los cuidados que debe tener un medio de prensa para no incurrir en negligencia por los errores o falsedades que puedan deslizarse en la comunicación (in re, “Campillay”) y la gravedad de la violación a ese deber de cuidado que mínimamente debe probar la parte actora para obtener del diario una indemnización (principio de la “real malicia”).

7º) El diario demandado no ha negado las inexactitudes de las notas publicadas en cuanto mostró como un punto resuelto de la investigación el concerniente a las causas del fallecimiento de la joven. En su contestación de demanda se limitó a alguna de esas equivocaciones tratándolas de “error menor” o buscando apoyarse en una de las constancias del expediente penal agregado como prueba, primero en la pericia forense y luego en la comunicación efectuada por el comisario instructor al juzgado actuante (fojas 36), para invocar así en su favor el precedente “Campillay” (Fallos: 308:789). Este precedente, en su Considerando 7º, explicó el contenido del estándar de prudencia que deben cumplir los medios de prensa en la difusión de noticias que pueden rozar la reputación de las personas. Así, la divulgación de información cuya exactitud no es posible verificar debe hacerse “atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados...” (Fallos: 308:789, 800).

Sin embargo, de acuerdo con las conclusiones a que llegó el superior tribunal provincial, las publicaciones no constituyen una reproducción de las constancias obrantes en la causa penal. En efecto, el contenido

de las notas no consiste en una reproducción fiel de la comunicación efectuada por el comisario instructor, puesto que no atribuyen a ese documento (en rigor ni siquiera lo mencionan) la información sobre las causas de la muerte sino directamente a la pericia realizada por el SEIT, la que, según la crónica “arrojó que las causales del deceso de la joven fueron como consecuencia de una maniobra abortiva, realizadas entre 24 y 48 horas antes de su muerte. También se comprobó que tenía una gestación de aproximadamente un mes y medio, por lo que se extrajo el útero para la realización de diversas pericias médicas y químicas”. Sin embargo, el estudio experto (fojas 47 a 49) no contiene esas afirmaciones y a diferencia de lo consignado en las publicaciones, concluyó que Canavesi, había fallecido “a raíz de una fibrilación ventricular” a la que luego se refirió como “presuntamente originada en la realización de maniobras abortivas”. Estas últimas aparecen siempre como una mera conjetura (que a la postre resultó desacertada) sobre el origen de los trastornos que llevaron al fallecimiento, pero no más.

Al respecto, debe recordarse que la transcripción “sustancialmente fiel” de lo manifestado por la fuente desplaza la responsabilidad del medio porque permite al público acceder directamente al origen de la información (Fallos: 316:2416, 2424, Considerando 11) y formarse así un juicio apropiado sobre su grado de credibilidad (Fallos: 319:2965, 2969, Considerando 9° y 331:162, 174, Considerando 10). Por lo tanto, es tan relevante mencionarla, como hacerlo correctamente, según se infiere del razonamiento seguido en el Considerando 8° del mismo precedente “Campillay” (Fallos: 308:789, 800).

Cabe agregar, en el mismo sentido, que en las publicaciones incluso se asimila el caso a otro donde dos parteras se encontraban detenidas y acusadas de practicar abortos, lo que no surge de las constancias del expediente en el momento de las publicaciones.

Menos pueden ser consideradas como meras reproducciones titulares tales como “Se presenta ‘muy cerrada’ la investigación de la joven que murió por un aborto mal practicado”; “Poco avance en la investigación de la joven que murió por un aborto” e “Investigan la muerte de otra joven por una maniobra abortiva” seguido de una completa identificación de la occisa que, además del nombre, alude a su edad, ocupación, domicilio, estado civil y situación de pareja, composición de su familia, estudios y proyectos personales.

Por último, todas las notas señalan que se había tomado declaración a los padres de la víctima “quienes no sabían nada de que se iba a realizar un aborto, ni tampoco en dónde se lo hizo”, circunstancia que no se desprende de la comunicación del comisario, ni de las declaraciones que habían efectuado los progenitores (fojas 2 y fojas 15 del expediente penal).

Resulta patente entonces que las publicaciones del diario demandado presentaron el caso como uno en el que ya estaba definida la comisión por la occisa de un aborto y restaba determinar el lugar del hecho y quiénes habían sido sus coautores.

8º) En lo concerniente a cuál es la gravedad de la infracción que debe probar el afectado para imputar el daño al medio de prensa, la cuestión remite a las condiciones de aplicación del estándar conocido como “real malicia”, introducido originalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el precedente “*New York Times v. Sullivan*” (376 U.S. 254-1964). El alcance de la regla sentada en 1964, tomó su forma definitiva recién en 1974 al fallarse el caso “*Gertz v. Welch*” (418 U.S. 323). Con este contenido final, fue posteriormente receptada la regla por este Tribunal.

En “*New York Times*” se advirtió que el derecho del público a criticar al gobierno se vería sofocado si los funcionarios contasen con la posibilidad de demandar por difamación a los medios ante cualquier error o falsedad en que éstos incurrieran. Por tal motivo, se entendió que el aseguramiento de una amplia libertad de prensa exigía poner límites a tales demandas mediante un aumento de los requisitos que debían cumplirse para su procedencia. Con ese fundamento, el tribunal desestimó la acción contra el periódico, en cuanto el interesado no había demostrado que la información difamatoria había sido publicada con conocimiento de su falsedad o con una negligencia temeraria (*reckless disregard*). Tres años más tarde, la misma regla fue aplicada a un caso de difamación promovido por un sujeto que si bien no era un funcionario público, se trataba de una persona famosa, que contaba con una imagen popular (*public figure*). (*Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 –1967–). Luego de una etapa intermedia de indefinición acerca de la posición que tenían los simples particulares que no eran ni funcionarios ni figuras públicas (la extensión de *New York Times* a los particulares sólo obtuvo tres votos favorables en *Rosenbloom v. Metromedia*, 403 U.S. 29 – 1971), el tribunal dictó sentencia en el

caso *Gertz v. Welch*. En esta decisión aclaró que cuando la persona agraviada en su reputación era un particular y no un funcionario ni tampoco un sujeto famoso, no correspondía incrementar la carga de la prueba que pesaba sobre el demandante y por ende la responsabilidad del medio debía ser establecida de acuerdo con reglas menos exigentes.

9º) La recepción por esta Corte del criterio conocido como de la “real malicia”, sentado en “*New York Times v. Sullivan*” siguió un curso diferente. En el fallo “*Costa*”, dictado en 1987 (Fallos: 310:508), la mayoría del Tribunal si bien aludió a ese precedente y a la regla de la “real malicia”, no lo aplicó al caso puesto que la persona afectada por la publicación era en realidad un “anónimo empleado de una repartición estatal”, calidad que resultaba equiparable a la de un particular o, como se consignó en el fallo, a un “ciudadano privado”, que no revestía las condiciones de funcionario público o figura pública y que por consiguiente bastaba la configuración de “**simple culpa**” en la propagación de la falsedad (Fallos: 310:508, Considerando 10 y siguientes). El mismo criterio fue seguido en 2003, al fallarse el caso “*Amado Calixto Menem*” –Fallos: 326:2491–, en el que se decidió revocar la sentencia apelada precisamente por haber aplicado el estándar de la “real malicia” a una demanda promovida por un particular que no era funcionario ni figura pública, quien, por ese motivo sólo tenía la carga de acreditar que el medio de prensa había actuado con **simple culpa**.

En el caso “**Vago**” (Fallos: 314:1517), de 1991, el Tribunal esta vez rechazó la demanda contra un diario y nuevamente se mencionó el precedente *New York Times v. Sullivan*. Si bien tampoco se trataba de un funcionario público, se atribuyó al demandante el carácter de “figura pública” o “personalidad notoria” (Considerando 3º del voto suscripto por los jueces Barra y Fayt y Considerando 4º del voto formulado por los jueces Petracchi y Moliné O’Connor).

La primera ocasión en que esta Corte consideró aplicable el estándar de la real malicia a una demanda de daños promovida por un funcionario gubernamental fue al fallar la causa “*Ramos*”, el 27 de diciembre de 1996 (Fallos: 319:3428, Considerando 11 sin embargo, en este aspecto, la sentencia apelada fue confirmada por entender que no se había desviado del mencionado criterio, “al menos nominalmente” (ídem, Considerando 12), y si finalmente se revocó el fallo, fue porque contenía una apreciación arbitraria de la prueba (ídem, Considerando 13).

Por último, en 2008, esta Corte decidió el caso “*Patitó*” (Fallos: 331:1530) en el que revocó una sentencia que había condenado a un medio de prensa al pago de indemnizaciones en favor de un grupo de peritos judiciales que se habían sentido difamados por una editorial en la que se denunciaba la comisión de diversas irregularidades en el ámbito del cuerpo pericial. El Tribunal, luego de descartar toda responsabilidad civil por las meras opiniones o juicios de valor, señaló que los demandantes, en tanto que funcionarios públicos, no podían obtener indemnizaciones por difamación a menos que la falsedad en cuestión se hubiese publicado de manera maliciosa (con conocimiento de la falsedad o temeraria despreocupación).

La combinación de los criterios seguidos en los fallos precitados, arroja como resultado una regla según la cual la prensa debe ser protegida contra demandas entabladas por personas que tienen el deber de soportar publicaciones críticas basadas incluso en errores o falsedades (funcionarios), o por individuos que ocupan una posición que les permite contrarrestar los efectos de tales publicaciones por medios menos riesgosos para la libertad de prensa (figuras públicas). Ambos tipos de personas deben probar entonces una infracción más grave (real malicia o despreocupación temeraria) para obtener reparación.

Por el contrario, corresponde exigir a la prensa un cumplimiento más exhaustivo del deber de cuidado cuando las personas que pueden ser afectadas por la difusión de información errónea son particulares que no responden a ninguna de aquellas clases, quienes tienen derecho a la reparación por infracciones más leves del deber de cuidado, es decir, con la prueba de simple culpa por parte del medio de prensa.

10) En un apretado resumen de todo lo expuesto puede decirse que se trata el caso de una alteración de la vida privada causada por la divulgación de información inexacta que presentó públicamente el deceso de la joven Canavesi bajo un aspecto falso y causó así mortificación en los sentimientos de sus padres. En una causa de tales características, corresponde aplicar el mismo criterio seguido por esta Corte en demandas por publicaciones falsas que se fundan en el derecho a la honra. La prensa debe obrar con mayor cautela hacia las personas que menciona en sus publicaciones cuando ellas no son funcionarios ni figuras públicas, puesto que su vida privada es mucho más vulnerable y difícil de reparar ante la divulgación de falsedades.

En el presente caso, tratándose los afectados de particulares que no tienen esa condición pública, basta entonces que la falsa presentación de los hechos que mortificó sus sentimientos haya sido hecha con **simple culpa** para que el medio de prensa deba responder por los daños y perjuicios causados, extremo que, como se desprende de lo antes expuesto y de la sentencia apelada, ha sido claramente demostrado.

Por ello, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, rechazar los agravios expuestos por la parte demandada y confirmar la sentencia apelada. Con costas.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Diario El Día S.A.C.I.**, representado por el **Dr. Abel Blas Román**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III**.

MARIA PAGANINI Y OTRO c/ PEN – LEY 25.561 – DTOS. 214/02 Y 1735/04

EMERGENCIA ECONOMICA.

La diversidad de trato entre los tenedores de títulos que registraron sus acreencias antes del 31 de diciembre de 2001 –momento a partir del cual se declaró el estado de cesación de pagos de la deuda pública– y aquellos que, como los actores, lo hicieron después de esa fecha –tres años después en el caso–, no se presenta como una discriminación que merezca reproche constitucional, sino como una razonable reglamentación de una diferente situación, siendo plausible además el motivo que esgrime el Estado Nacional para justificar la decisión estatal –evitar la posibilidad de manejos fraudulentos de los títulos de la deuda pública–, máxime cuando se advierte que, en el marco de una situación de emergencia pública, el legislador contempló varias excepciones al diferimiento general de los pagos (leyes 25.827 y 25.967).

–El juez Zaffaroni, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma (art. 15 de la ley 48)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia de fs. 118/119 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) que, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia, en cuanto ordenó al Estado Nacional (Ministerio de Economía) que incluya a los actores entre las excepciones que establece el art. 60, inc. d), de la ley 25.827 y que, en consecuencia, abone los servicios de los bonos de la deuda pública que aquéllos poseen, el demandado interpuso el recurso extraordinario de fs. 125/141, que fue concedido (fs. 153).

Sostiene, en sustancial síntesis, que en forma incorrecta la sentencia del *a quo* ordena incluir a los actores entre las excepciones al diferimiento de pago de los servicios de la deuda por razones de edad cuando aquéllos no reúnen un requisito esencial para ello, cual es acreditar que las tenencias de los títulos se encuentren registradas en la Caja de Valores S.A. antes del 31 de diciembre de 2001.

En este sentido, señala que, para poder ingresar a un régimen legal de excepciones, quienes aspiran a obtener el beneficio necesariamente deben acreditar que reúnen y cumplen todos y cada uno de los requisitos que establecen las normas, porque las excepciones son de interpretación restrictiva.

También indica que la excepción por razón de edad avanzada fue admitida por primera vez por la resolución 73/02 del Ministerio de Economía y luego se mantuvo en las leyes de presupuesto para los ejercicios 2004 y 2005 (arts. 60, inc. d, I, de la ley 25.827 y 47, inc. d, I, de la ley 25.967), pero que no estuvo contemplada en las leyes 26.078 ni 26.198, que aprobaron los presupuestos para los ejercicios 2006 y 2007. Ello es así, dice, porque el legislador consideró inconducente mantener esa excepción, atento a que los poseedores de Bontes 2002 que hubiesen estado en condiciones de acceder al beneficio ya debieron haber percibido sus acreencias antes del 2006, mientras que los que no estaban incluidos en la excepción tuvieron la opción de participar del canje de títulos que previó el decreto 1735/04.

Por ello critica que el *a quo*, para resolver la causa, no haya aplicado la ley 26.198 que estaba vigente al momento de dictar la sentencia. En

su opinión, los títulos de los actores fueron elegibles para participar del canje de deuda implementado por el decreto recién citado y, por lo tanto, quienes pudiendo haber participado de este proceso no lo hicieron se encuentran en la situación prevista por la ley 26.017 y los arts. 56 y 58 de la ley 26.198.

En cuanto a la excepción al diferimiento de pagos de los servicios de la deuda que estaba prevista en las leyes 25.827 y 25.967, señala que los requisitos –tanto de edad como de que las tenencias se encontraran registradas al 31 de diciembre de 2001 en la Caja de Valores S.A. y sin ninguna variación– no son caprichosos, ni irrazonables ni quebrantan el principio de igualdad. La razón que justifica esta exigencia legal, dice, radica en que en aquella fecha se declaró el *default* de la deuda pública y que, por lo tanto, quienes luego de ello adquirieron bonos lo hicieron por su cuenta y riesgo, colocándose en situación de hipotético perjuicio bajo su propia responsabilidad. En tal sentido, manifiesta que se detectaron casos en los que personas incluidas en las excepciones al diferimiento de los pagos compraron a precios ínfimos bonos en *default* que debieron ser presentados al canje de deuda y que, valiéndose de aquella condición personal, luego plantearon demandas procurando obtener un fallo favorable que les permita recuperar el capital invertido más una considerable diferencia, mediante la invocación de derechos que no les corresponden. Y aunque aclara que no intenta decir que ése haya sido el comportamiento de los actores, ni pretende levantar sospechas sobre su honra, con ello quiere demostrar la razonabilidad del recaudo legal para evitar manejos fraudulentos con bonos de la deuda pública.

También se agravia porque la cámara no aplicó las normas que instrumentan el canje de la deuda pública (el decreto 1735/04 y la ley 26.017), ni tuvo en cuenta que la materia objeto de esta controversia está legislada por normas de orden público, legítimamente dictadas por los poderes Legislativo y Ejecutivo dentro de sus respectivas atribuciones.

– II –

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se encuentra en discusión el alcance e interpretación de disposiciones de carácter federal (leyes 25.827 y 25.967) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

– III –

Sentado lo anterior, considero que, en primer término, corresponde examinar la queja relativa a que el *a quo* dejó de aplicar las disposiciones de la ley 26.198, que aprobó el presupuesto para el ejercicio 2006 y que, a diferencia de las anteriores leyes 25.827 y 25.967 no contemplaba una excepción al diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública.

En forma coincidente con lo resuelto por la cámara, entiendo que esa crítica no puede ser atendida. En efecto, a mi modo de ver, es necesario examinar si los actores pueden quedar incluidos en la excepción que prevé el art. 47, inc. d), ap. I y II de la ley 25.967, que aprobó el presupuesto de gastos y el cálculo de recursos para el ejercicio 2005, que estaba vigente al momento que se planteó esta acción, pues, en caso de confirmarse la sentencia apelada, aquéllos tendrán derecho a que se les abonen tales servicios, sin perjuicio de que en los ejercicios posteriores ya no esté contemplada esa excepción. Ello demuestra la pertinencia de resolver este punto.

Despejada esta cuestión, conviene retener que no existe controversia en cuanto a que, si bien los actores cumplen el requisito de ser mayores de setenta y cinco años de edad, los títulos que presentan en estos autos (BONTES 02), cuya propiedad afirman poseer desde antes de diciembre de 2001 (fs. 15/15 bis), fueron registrados en la Caja de Valores S.A. recién en diciembre de 2004 (v. fs. 86/91 y reconocimiento de los actores de fs. 104/106 y 147/149).

En tales condiciones, hay concordancia respecto de que los actores no cumplen todos los requisitos que establece la ley 25.967 para exceptuar a ciertos tenedores de bonos del diferimiento del pago de servicios de la deuda pública. Sin embargo, aquéllos alegan que la exigencia de que los títulos estén registrados en la Caja de Valores S.A. antes del 31 de diciembre de 2001 y que se mantengan sin variaciones, en el caso, vulnera el principio constitucional de igualdad.

A fin de dilucidar esta cuestión, corresponde reseñar las normas involucradas en la causa.

a) Con fundamento en las leyes 25.561 y 25.565, el Ministerio de Economía dispuso *“el diferimiento, en la medida necesaria al funcionamiento del Estado Nacional, de los pagos de los servicios de la deuda pública del Gobierno Nacional hasta el 31 de diciembre de 2002 o hasta*

que se complete la refinanciación de la misma, si ésta se completa antes de esa fecha” (art. 1º de la resolución 73/02).

La misma resolución contiene ciertas excepciones al diferimiento de los pagos y entre las que interesan para resolver el *sub lite*, cabe señalar la prevista en el art. 2º, inc. c): *“Los servicios financieros de los Bonos del Tesoro de mediano y largo plazo (BONTES), Letras del Tesoro (LETES), Bonos de Consolidación y Bonos de Consolidación Previsionales que estén, en poder de personas físicas de setenta y cinco (75) años o más de edad, y cuyas tenencias se encuentren acreditadas en la Caja de Valores S.A. al 31 de diciembre de 2001 y que se mantenga sin variación”.*

Luego las resoluciones 350 y 442, ambas del 2002, del Ministerio de Economía contemplaron otras excepciones al diferimiento.

b) Por resolución 158/03 del Ministerio de Economía se dispuso el diferimiento del pago de los servicios de la deuda pública, con excepciones, durante el ejercicio fiscal 2003 (arts. 1º y 2º).

c) En oportunidad de aprobar el Presupuesto de Gastos y Recursos de la Administración Nacional para el Ejercicio 2004, la ley 25.827 dispuso el diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública del Gobierno Nacional, contraída originalmente con anterioridad al 31 de diciembre de 2001, o en virtud de normas dictadas antes de esa fecha, hasta que el Poder Ejecutivo nacional declare la finalización del proceso de reestructuración de aquella (art. 59) y también contempló varias excepciones. El art. 60 de la ley 25.827 exceptuó del diferimiento de pagos a las siguientes obligaciones:

“...d) Los servicios financieros de los Bonos del Tesoro de Mediano Plazo y Largo Plazo (BONTES), Letras del Tesoro (LETES), Bonos de Consolidación, Bonos de Consolidación de Deudas Previsionales y Bonos Externos de la República Argentina:

“I) Que estén en poder de personas físicas de SETENTA Y CINCO (75) años o más de edad, y cuyas tenencias se encuentren acreditadas en la Caja de Valores S.A. al 31 de diciembre de 2001 y que se mantengan sin variación, o por la parte que cumpla con esta condición.

“II) Que estuviesen en poder de personas que atravesen situaciones en las que estuvieran en riesgo la vida, o aquellas en las que exista un severo compromiso de su salud por el riesgo de incapacidad que presu-

ma la patología y la imposibilidad de postergación del tratamiento por un lapso mayor a DOS (2) años las que serán consideradas individualmente, todo ello según dictamen de una comisión médica conformada ad-hoc y cuyas tenencias se encuentren acreditadas en Caja de Valores S.A. a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la resolución 73/02 del ex Ministerio de Economía”.

d) La ley 25.967 mantuvo iguales disposiciones para el ejercicio fiscal 2005 (arts. 46 y 47, inc. d, I y II)

e) Las leyes que aprobaron los presupuestos posteriores, si bien mantuvieron el diferimiento de los servicios de la deuda pública, redujeron las excepciones y a partir de 2006 ya no se contempla en esta última categoría a los Bonos del Tesoro (BONTES) que poseen los actores.

– IV –

De todo lo expuesto, se puede concluir que son tres los requisitos para exceptuarse del diferimiento general de pagos de la deuda nacional, en particular respecto de los bonos involucrados en esta causa. Ellos son: a) que los bonos estén en poder de personas físicas de setenta y cinco años o más de edad; b) que las tenencias se encuentren acreditadas en la Caja de Valores S.A. al 31 de diciembre de 2001 y c) que éstas se mantengan sin variación.

Corresponde examinar, entonces, si la exigencia impuesta de que los bonos estén registrados en la Caja de Valores a la fecha indicada es violatoria de la garantía de la igualdad de trato (art. 16 de la Constitución Nacional), tal como afirman los actores o si, por el contrario, se presenta como razonable según las circunstancias apuntadas por el Estado Nacional.

La Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que el art. 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. De ahí que se atribuya a su prudencia una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación (Fallos: 320:1166), aunque también destacó que ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebi-

do privilegio personal o de un grupo (Fallos: 315:839; 322:2346. En el mismo sentido, v. el dictamen del 29 de diciembre de 2004 del señor Procurador General en la causa A.1518, L.XXXIX. “Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa c/ Banco de la Nación Argentina s/ acción declarativa de inconstitucionalidad – medida cautelar”, cuyos fundamentos fueron compartidos por la mayoría del Tribunal en su sentencia del 12 de mayo de 2009).

Pues bien, a partir de tal criterio, adelanto que, en mi concepto, aquella garantía constitucional no se encuentra afectada por la distinción que formulan las normas bajo examen. En efecto, la diversidad de trato entre los tenedores de títulos que registraron sus acreencias antes del 31 de diciembre de 2001, momento a partir del cual se declaró el estado de cesación de pagos de la deuda pública, y aquellos que, como los actores, lo hicieron después de esa fecha –en el caso, casi tres años después–, no se presenta como una discriminación que merezca reproche constitucional, sino como una razonable reglamentación de una diferente situación.

Por lo demás, es plausible el motivo que esgrime el Estado Nacional para justificar la decisión estatal que ahora se controvierte (evitar la posibilidad de manejos fraudulentos de los títulos de la deuda pública), máxime cuando se advierte que, en el marco de una situación de emergencia pública, el legislador contempló varias excepciones al diferimiento general de los pagos.

En tales condiciones, según mi punto de vista, la previsión de que los títulos se encuentren registrados antes de una determinada fecha para que sus tenedores estén exceptuados del diferimiento, se presenta razonable y descarta cualquier afectación de la garantía constitucional invocada.

Asimismo, considero que estas consideraciones son suficientes para revocar la sentencia apelada y me eximen de evaluar los restantes agravios que plantea el recurrente, máxime cuando tales cuestiones no fueron tratadas por los jueces de la causa.

– V –

Opino, entonces, que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 5 de agosto de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Paganini, María y otro c/ PEN –ley 25.561 – dto. 214/02 y dto. 1735/04 s/ proceso de conocimiento – ley 25.561”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el recurso extraordinario no cumple con el requisito de fundamentación autónoma (art. 15 de la ley 48).

Por ello, se desestima el recurso planteado. Notifíquese y devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Estado Nacional**, representado por el **Dr. Alfredo Rodolfo Acosta**.

Traslado contestado por **María Paganini y Reinaldo Camilo Macchi**, representados por el **Dr. Mariano Cullen Paunero**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9**.

GERMAN ADOLFO RABOLINI c/ EN –M° ECONOMIA – RESOL. 73/02

EMERGENCIA ECONOMICA.

Una adecuada inteligencia del precedente “Galli” (Fallos: 328:690) permite afirmar que la Corte no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago –dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina– sino que estableció una doctrina de amplios alcances –con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente “Brunicardi” (Fallos: 319:2886)– en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 112/116, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II), por mayoría, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar al amparo que dedujo Germán Adolfo Rabolini tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 73/02 del Ministerio de Economía de la Nación, en cuanto suspende el pago de los servicios financieros de la deuda pública nacional y en particular de los Bonos Externos Global 2017 de su propiedad.

– II –

Contra esta decisión, el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario que obra a fs. 120/140, que fue concedido (fs. 144).

Sus agravios pueden resumirse del siguiente modo: (i) la sentencia es arbitraria, porque no tuvo en cuenta las normas aplicables a los Bonos Externos Globales; (ii) admitió la vía del amparo cuando no están dados los requisitos para ello, en particular porque se necesita mayor debate y prueba para resolver la causa, el actor no probó los daños y porque la acción es extemporánea; (iii) la sentencia se aparta de lo resuelto por V.E. en el caso “Galli” (Fallos: 328:690), al mismo tiempo que no toma en cuenta dicho precedente con relación a los bonos que no ingresaron al canje de la deuda; (iv) el *a quo* omite considerar que los títulos del actor se encuentran sometidos a la legislación extranjera y sujetos a extraña jurisdicción. Por lo tanto, dice, no están alcanzados por las disposiciones del decreto 471/02.

– III –

Ante todo, cabe señalar que, según se desprende de la lectura del auto de fs. 144, la mayoría de los integrantes del tribunal *a quo* concedió el recurso en términos amplios y que no lo denegó expresamente por las causales de arbitrariedad que invoca el apelante. En tales condiciones, procede que sus planteos sean atendidos con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio (cfr. Fallos: 314:1202; 318:1428; 319:2264, entre otros).

No obstante, también es del caso recordar que V.E. tiene reiteradamente dicho que, en caso de basarse el recurso extraordinario en dos fundamentos, de los cuales uno es la arbitrariedad, corresponde considerar éste en primer término, pues de existir esa tacha, en principio, deviene insustancial el tratamiento de los demás argumentos, ya que no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 322:904; 323:2504, sentencia del 23 de noviembre de 2004, *in re* R. 996, L. XXXIX. “Romero, Jorge Horacio c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, entre otros).

Sobre la base de tales premisas, considero que asiste razón al recurrente cuando afirma que la cámara no tuvo en cuenta las normas que rigen el caso, pues falló la causa sin reparar en que el actor es ti-

tular de “Bonos Externos Globales de la República Argentina 11,375% 1997–2017” (v. fs. 9/11) y que las condiciones de emisión de esos bonos fueron autorizadas por el decreto 1161/94, modificado por sus similares 338/96, 1573/96, 862/97, 650/98, 436/99, 343/00, 1179/00 y 348/01, así como por varias resoluciones tanto del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos como de la Secretaría de Hacienda que los emitieron por distintos montos.

De estas disposiciones, es preciso destacar y retener que, por el art. 4° del decreto 1161/94 (texto según el art. 2° del decreto 338/96), se autorizó a incluir, en las condiciones de emisión de los bonos, cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales ubicados en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, así como la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, preservando la inembargabilidad de ciertos activos, bienes y fondos.

En tales condiciones, en mi opinión, para resolver los reclamos que el actor formula con fundamento en los derechos que estima que le corresponden en virtud de los títulos que tiene en su poder, el *a quo* debió atender los planteos del Estado Nacional, en particular el que se relaciona con las normas que rigen los bonos de la deuda pública nacional que se discuten en estos autos.

Esta omisión descalifica la sentencia dictada en la causa y torna procedente el recurso extraordinario que se deduce con el objeto de obtener una decisión de V.E. que la revoque, sin que resulte necesario, por lo demás, examinar los restantes agravios.

Considero, entonces, que el acto judicial atacado es pasible de ser descalificado por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias y que, al existir relación directa entre la resolución adoptada y las garantías constitucionales invocadas (art. 15 de la ley 48), corresponde admitir el recurso y revocarla.

Por último, cabe señalar que lo expuesto en modo alguno significa un pronunciamiento sobre la validez de las disposiciones que rigen los títulos del actor, máxime cuando ello todavía no fue analizado por los jueces de la causa y es objeto de diferentes opiniones, sino que sirve para demostrar el vicio que se le imputa a la decisión que se cuestiona por el recurso de fs. 120/140.

– IV –

Opino, entonces, que procede revocar la sentencia en cuanto fue materia de recurso extraordinario y que se deben devolver los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte una nueva ajustada a derecho. Buenos Aires, 7 de agosto de 2009. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Rabolini, Germán Adolfo c/ E.N. – M° Economía – resol 73/02 s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

Que sin perjuicio de la distinta normativa por la que se rigen los bonos sobre los que versa esta causa, resulta aplicable en el *sub examine* el criterio establecido por el Tribunal al decidir la causa “Galli” (Fallos: 328:690), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse, en lo pertinente, por razones de brevedad (votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, y Argibay). Ello es así, en razón de que una adecuada inteligencia del mencionado precedente “Galli” permite afirmar que en esa causa la Corte no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago –dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina– sino que estableció una doctrina de amplios alcances –con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente “Brunicardi, Adriano C. c/ Estado Nacional (BCRA)” (Fallos: 319:2886)– en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza

la demanda (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden en razón de la complejidad de la cuestión debatida. Notifíquese y remítanse las actuaciones al tribunal de origen.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Estado Nacional**, representado por la **Dra. Elena Noemí del Potro**.

Traslado contestado por la actora, **German Adolfo Rabolini, por derecho propio**, con el patrocinio letrado del **Dr. Leonardo Oscar Díaz**.

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1**.

RAMONA AGUIRRE Y OTROS C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Resulta arbitraria la sentencia que desestimó la demanda tendiente a obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del fallecimiento por suicidio, señalando que no se había alegado ni menos demostrado la pretendida ilicitud del acto de destitución, ya que la cámara había entendido que el cese del magistrado en el cargo era ilegítimo y que ello no había merecido objeción alguna por parte del demandado, cuestión que tampoco fue impugnada por el estado provincial —que limitó sus planteos a la falta de causalidad— por lo que el tribunal superior no pudo volver sobre tal aspecto por haber devenido firme y consentido.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni—.

—La mayoría desestimó la queja por considerar inadmisibile el recurso extraordinario cuya denegación la motivó (art. 280 CPCCN)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 401/405 (del expediente principal, al que me referiré en adelante), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes

—por mayoría— al revocar el pronunciamiento de la anterior instancia, desestimó la demanda entablada por Ramona A., Horacio Antonio S., Fabián Emilio S. y Aníbal Ramón S., contra el Estado Provincial, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del fallecimiento por el suicidio de Horacio Antonio S.

Los magistrados —integrantes de la mayoría— tuvieron en consideración, preliminarmente, que se encontraba acreditado que el interventor federal de la Provincia había dispuesto por decreto 117 del 26 de enero de 2000 la cesantía del doctor Horacio Antonio S. en el cargo de Juez de la Cámara Criminal N° 1 de la primera circunscripción provincial.

Recordaron que los actores (esposa e hijos del extinto) habían sostenido, como fundamento de su demanda, que la conducta del interventor al decretar la destitución fue la causa inmediata del suicidio y que, por lo tanto, el Estado era responsable de la muerte del aludido juez.

Así planteado el caso, entendieron que, aun admitiendo por vía de hipótesis que el suicidio hubiera obedecido a la destitución, no se había probado que ese hecho pudo haber sido previsto por los funcionarios del gobierno empleando la debida atención y conocimiento de las cosas, ello —agregaron— sin perjuicio de que tampoco se había alegado, ni menos aun demostrado la pretendida ilicitud del acto de destitución mediante la declaración judicial de ilegitimidad pertinente. En consecuencia, estimaron que dicho decreto tenía la presunción de legitimidad de todo acto administrativo y que ella subsiste hasta que se no se declare lo contrario.

Pusieron de manifiesto, por tal motivo, que la Cámara cuando dijo que el acto de remoción era ilícito, esa afirmación no tenía sustento alguno en las circunstancias comprobadas de la causa, cuestión a la que consideraron decisiva porque faltaba el primer presupuesto de responsabilidad, esto es la ilicitud del acto. En otra línea de argumentos, sostuvieron que aun cuando se pretendiera fundar la condena en el obrar lícito de la administración (cuya fuente se encuentra en el principio de igualdad ante las cargas públicas y la inviolabilidad de la propiedad) faltaba uno de los presupuestos de la responsabilidad, cual es la relación de causalidad entre la conducta del Estado y los daños que se dicen resarcibles.

Desde esa perspectiva, manifestaron que en el caso no podía afirmarse válidamente que el suicidio hubiera constituido una consecuencia inmediata o mediata de la destitución, y por lo tanto resarcible, toda vez que, aun empleando la debida atención y conocimiento de los hechos, le habría resultado imposible al Interventor Federal prever la decisión de S. de quitarse la vida, lo cual constituyó una verdadera consecuencia causal no resarcible (art. 905 del Código Civil).

Acotaron que lo que sí pudo haberse previsto fue un hipotético estado depresivo del ex magistrado, pero que ello no fue alegado ni menos aun probado, toda vez que, por el contrario, los testigos dieron cuenta de que aquél era un sujeto extremadamente optimista y que en ese sentido, una personalidad semejante en el curso normal y ordinario de las cosas no llevaba a prever el desenlace de un suicidio.

– II –

Disconforme con tal pronunciamiento, los actores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 410/431, el que, denegado por el *a quo* a fs. 440/442, da origen a la presente queja.

Sostienen que la decisión es arbitraria porque afecta sus derechos de defensa en juicio y de propiedad (arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional).

Aseveran que la conducta del Estado, al dictar un acto administrativo ilegítimo, fue la causa determinante de la decisión del ex magistrado de quitarse la vida y que ello les ocasionó un daño irreparable.

Recuerdan que aquél, inmediatamente después de recibir la cédula de notificación del decreto 117/00 (que lo declaró cesante), se vio afectado profundamente en su honor, buen nombre y probidad y que ello le generó un hondo dolor espiritual y moral hasta el punto que en menos de 14 horas de recibir la noticia tomó la decisión de quitarse la vida.

Alegan que la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, quedó firme y consentida en lo que respecta a la ilicitud del acto estatal debido a la ausencia de agravios sobre la materia en el recurso de apelación de la demandada. A tal efecto, transcriben párrafos de la sentencia de la alzada donde los magistrados pusieron de relieve

que el juez de primer grado, al hacer lugar a la demanda, entendió que el suicidio había obedecido al acto “ilícito” de la destitución.

Por ese motivo, aducen que el Superior Tribunal no debió exceder la jurisdicción que le acordaba el recurso deducido, toda vez que la ilicitud del acto de remoción, como presupuesto de la responsabilidad imputada al Estado, había quedado firme y consentida en primera instancia.

Manifiestan, además, que en la demanda adujeron que el decreto de cese del doctor S. carecía totalmente de motivación, y que así lo expresaron en la fs. 3, párr. 3° al decir que “...*la causa generadora y desencadenante de este terrible hecho fue la arbitraria decisión del Estado, que sin causa justificada, lo remueve de su cargo de ya 8 años de antigüedad*”.

Expresan, respecto de la inexistencia del presupuesto de la relación de causalidad que argumenta el Tribunal Superior, que el suicidio como conducta personalísima del obrar humano, resulta difícil de comprender y analizar, mucho más aún de probar en juicio. Sin embargo, en el caso de autos el fallo del tribunal reconoció, aunque contradictoriamente, que pudo haberse previsto un estado depresivo, por lo tanto también se presumieron allí las consecuencias que derivan de tal estado.

La exigencia de previsibilidad como elemento del nexo causal –continúan diciendo– significa el cabal conocimiento del acto de que se trata, esto es conciencia plena del estado de las cosas y sus posibles consecuencias como actitud previa e indispensable que un sujeto adopta antes de decidirse a obrar.

En ese orden de ideas, advierten que se incurrió en absurdo cuando se exigió en el fallo que el Interventor tuviera que prever el suicidio del destinatario del acto ilícito dictado para tener por configurado, como presupuesto de la responsabilidad, el elemento de la causalidad adecuada.

Ello, toda vez que –según aprecian– resulta claro que el Interventor Federal no podía prever el suicidio dado que se trataba de una decisión personalísima adoptada en el caso concreto por una profunda aflicción interna que sí era previsible como lo reconoció el fallo del Tribunal Superior.

Ponen de relieve, en ese orden de ideas, que en reiterados precedentes del aludido tribunal se concedieron indemnizaciones por daño moral provocados a jueces y funcionarios destituidos en iguales circunstancias a la del *sub lite*, por ello consideran que en este caso hubo un inaudito cambio de criterio con relación a aquellos que eran análogos.

Afirman que todas las consideraciones acerca del art. 901 del Código Civil que efectúa el tribunal sobre las consecuencias directas, mediatas o causales, al partir de una premisa errónea, son incorrectas, toda vez que la relación causal no debe buscarse entre la cesantía ilegítima y el suicidio, sino entre la cesantía y el perjuicio material y moral que ella les ha causado.

En conclusión, señalan que procede la condena al Estado como autor del daño, al haberse acreditado la ilicitud del acto y la conexión causal entre aquél y el daño ocasionado por la muerte, generada a su vez como consecuencia previsible de dicho acto ilícito.

– III –

A mi juicio, las críticas de los apelantes suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada, pues si bien es cierto que el principio de la determinación de las cuestiones comprendidas en la *litis* y el alcance de las peticiones de las partes constituyen extremos de índole fáctica y procesal ajenos al recurso extraordinario, ello no impide admitir la apertura del recurso federal cuando la sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal con menoscabo de garantías consagradas en la Constitución Nacional (Fallos: 315:106 y 317:1333).

En efecto, la Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de los tribunales está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925 y 304:355, entre muchos otros).

El carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema

de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos, de ahí que lo esencial sea que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales –sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias– (Fallos: 315:106).

En el caso se verifica tal supuesto, toda vez que la Cámara entendió que el juez de primera instancia había considerado que el acto que declaró el cese del doctor S. en el cargo de magistrado era ilegítimo y que dicho aspecto de la causa no había merecido objeción alguna por parte del demandado en oportunidad de apelar. En ese sentido expresó que “...como los demás argumentos en que se sostiene el fallo (de primera instancia) no han sido objeto de agravio y refieren a materia no revisable de oficio, quedan fuera de la facultad revisora de la Alzada tanto la cuestión referida al obrar ilícito de la administración al dictar el Decreto No. 117/00 y la responsabilidad del Estado de la Provincia de Corrientes por los actos de la intervención federal, como la referida a la existencia y entidad de los daños reclamados” (v. acápite IV, fs. 380) y prosiguió “Siendo así, la materia que será objeto de consideración queda circunscripta a la referida determinación de la relación causal adecuada entre el acto ilícito y el daño ocasionado a los actores por la muerte del Dr. S...” (v. acápite V, foja citada).

Aquella cuestión referida al obrar administrativo ilícito tampoco fue impugnada por el Estado Provincial en el recurso de inaplicabilidad de ley deducido contra dicha sentencia y limitó sus planteos a la falta de causalidad adecuada. De este modo, si el demandado no impugnó en el memorial de agravios la decisión de la Cámara sobre la ilicitud del decreto 117/00, el Tribunal Superior no pudo volver sobre tal aspecto (Fallos: 315:106) por haber devenido firme y consentido.

En tales condiciones, estimo que debe declararse procedente la apelación federal por haberse afectado el principio de congruencia sustentado en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional, lo que pone de manifiesto que media relación directa o inmediata entre lo resuelto y las garantías fundamentales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48).

– IV –

Por las razones expuestas, opino que corresponde hacer lugar al recurso de queja, revocar la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo fallo sobre el fondo de la cuestión. Buenos Aires, 27 de mayo de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora, en la causa Aguirre, Ramona y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta presentación directa, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Dase por perdido el depósito de fs. 44. Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT;
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que los agravios de la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 53/55

del recurso de hecho, a cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte se remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Reintégrese el depósito de fs. 44. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **la actora, Ramona Aguirre**, representada por los **Dres. Samuel Nelson Saiach y María Itatí Saiach Audero en calidad de apoderados.**

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Corrientes, Sala 2.**

CRISTIAN ANDRES o CRISTIAN DANIEL ESTEVEZ

PENA.

Cabe desestimar el recurso de queja deducido tras ser rechazado el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de Casación que no hizo lugar al planteo de la defensa contra la decisión que lo condenó a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, pues la decisión del *a quo* a favor de una de las alternativas interpretativas posibles respecto del máximo legal previsto para el artículo 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido.

SEPARACION DE PODERES.

El principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto, lo cual resulta aplicable también a la jurisdicción de la Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común, de modo que en el ámbito que

es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de dicho Tribunal, aun cuando de haber estado en aquel lugar hubieran preferido una solución diferente.

PENA.

La cuestión del máximo de la pena temporal privativa de la libertad en nuestra ley penal vigente no es una cuestión de mera interpretación del derecho común, si se la analiza desde la perspectiva en que siempre que se quiere alcanzar el fondo debe analizarse toda cuestión que hace a la seguridad jurídica y a la certeza del derecho, como es ubicarla en su adecuada dimensión temporal para poder explicar lo que se observa en los cortes transversales aislados de los diferentes momentos legislativos (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

PENA.

Configura una situación de gravedad institucional una legislación penal que no permita establecer unívocamente, esto es, sin lugar a dudas o incertidumbre, el máximo de la pena más grave, especialmente cuando las dudas abarcan un arco de veinticinco años de diferencia, siendo palmaria tal gravedad dado que semejante diferencia desmorona uno de los pilares básicos de cualquier estado constitucional de derecho y en especial de las normas positivas que lo configuran en nuestra Constitución Nacional (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

PENA.

La ley 23.077 tuvo por objeto restablecer normas penales más benignas derogadas, derogar disposiciones represivas introducidas por las llamadas leyes de facto y tratar de devolver armonía al código penal, por lo que resulta razonable entender que la misma ley haya desquiciado al código penal en contra del orden de valores que impone una Constitución claramente personalista, elevando el valor de los poderes públicos por sobre el de las personas, introduciendo una pena máxima superior a la perpetua y desbaratando todo el sistema de escalas para la libertad condicional, la tentativa, la participación y la prescripción (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

PENA.

Cualquiera haya sido la interpretación y discusión en torno del art. 55 del Código Penal en la versión de la ley 25.928, o las contradicciones generadas por la prolongación del plazo para el pedido de libertad condicional de la ley 25.892, después de la ley 26.200 cabe entender que el límite de esas disposiciones ha vuelto a ser el de veinticinco años y de veinte años respectivamente, pues lo contrario importaría admitir que la pluralidad de cualquier delito es más grave o tan grave para la ley argentina que la destrucción de millones de vidas humanas (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

TIPICIDAD.

Dado el carácter estructural de la reforma introducida en la ley 26.200 –tipificación de los delitos más graves–, el mandato constitucional de certeza jurídica general –y en especial para la ley penal– y el orden de valores y consiguientes reproches por su lesión que emanan de la Constitución Nacional y del derecho internacional incorporado y no incorporado a ésta, se impone considerar que dicha norma opera como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella, y, por ende, en función del principio constitucional de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 91 in fine de la Convención Americana de Derechos Humanos), corresponde su aplicación a los hechos cometidos antes de su vigencia (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

UNIFICACION DE PENAS.

Tratándose de unificación de penas, no es admisible que se unifique la totalidad de la pena impuesta por el primer delito con la que le impone el tribunal por el segundo, sino sólo lo que resta cumplir de la primera con la segunda, puesto que no se puede reformar lo pasado y porque la parte de pena que se ha cumplido ha sido cancelada en el marco de completa e inobjetable legalidad (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

PENA.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que no hizo lugar al planteo de la defensa contra la decisión que condenó al imputado a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, pues la pena única impuesta, incluso con criterio de aritmética, no sería aquélla, pues llevándose a cabo la unificación de lo que le restaba cumplir de su primer pena con la segunda que le impuso el tribunal, resultará en verdad una pena única sensiblemente menor dicha cantidad de años, y corresponderá verificar que no exceda de los veinticinco años restablecidos por la ley 26.200 (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa de Cristian Daniel Estévez contra la sentencia que, por mayoría, lo condenó a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, comprensiva de la impuesta en esta causa a veinticuatro años de prisión en orden a los delitos de robo

agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado (dos oportunidades) y tenencia ilegítima de arma de guerra, todos en concurso real, y de la de diez años y seis meses de prisión impuesta el 13 de agosto de 1995 por el Tribunal Oral en lo Criminal Oral N° 9, como autor del delito de homicidio en concurso real con lesiones leves (fs. 1/61).

Para arribar a ese temperamento y en lo que aquí interesa, el *a quo* desechó haber incurrido en una errónea interpretación del artículo 55 del Código Penal al sostener, con fundamento en los precedentes que esa Cámara que cita a tal efecto, que dicha norma era una disposición de carácter general que al no establecer con precisión cuál era el máximo de las penas privativas de libertad, remitía a las figuras penales previstas en la parte especial. Agregó que aún cuando históricamente ese límite para las penas divisibles era de veinticinco años, nada impedía que, de producirse alguna modificación respecto de esa especie de pena, variara también dicho monto tanto en lo referido al concurso de delitos como para la unificación de penas (fs. 73/79).

Por lo tanto, concluyó que en autos la pena única no resultaba contraria a derecho al haber sido impuesta dentro de los límites establecidos por la ley, al encontrar fundamento en la agravante genérica prevista en el primer párrafo del artículo 227 ter del Código Penal (según ley 23.077), que aumenta en un medio el máximo de pena de cualquier delito cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. De acuerdo con esas consideraciones, rechazó los cuestionamientos de la defensa relativos al mayor tiempo de detención que Estévez habrá de sufrir para acceder a alguno de los beneficios que establece la ley 24.660, así como también estimó dogmáticas las objeciones que se limitaron a señalar las “burdas consideraciones sistemáticas” que traería aparejado esa inteligencia asignada en el fallo con otros institutos penales, tales como la prescripción, la libertad condicional y la tentativa, entre otros.

Contra este pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria por las razones que lucen a fojas 89/90, dio lugar a la articulación de esta queja.

– II –

De la simple lectura del remedio federal glosado a fojas 80/87, puede apreciarse que la defensa atribuye arbitrariedad al fallo impugnado

exclusivamente en lo que se refiere al monto de la pena única impuesta al encausado. Refiere en este sentido, que a partir de una interpretación literal y no sistemática de los preceptos legales en juego, el *a quo* extendió analógicamente los efectos de una norma específica –art. 227 ter del código sustantivo– erigiéndose de esa forma en legislador, en detrimento del principio de legalidad. Destaca también la gravedad institucional que genera una interpretación de esa índole. Si se tiene en cuenta, además, los argumentos vertidos al respecto en el recurso de casación a los que se remite la apelante, advierto que, en sustancia, existe sustancial analogía con la controversia suscitada en las causas D. 639, XLI “Domínguez, Alcides Armando s/causa N° 522” y P.859, XXXIX “Pino Torres, Johan Alfredo s/recurso de queja”, en las que dictaminé el 11 de diciembre de 2006 y el 2 de octubre de 2007, respectivamente. Por tal motivo y en beneficio de la brevedad, doy por reproducidas, en lo pertinente, las razones allí expuestas.

Cabe poner de resalto que si bien en el primero de esos precedentes V.E. resolvió, el 11 de diciembre de 2007, en forma adversa al criterio de esta Procuración General, el pronunciamiento de la mayoría en tal sentido no se versó sobre el *quantum* de la pena aplicada en la ocasión, sino sobre la nulidad de lo actuado con posterioridad a la sentencia condenatoria como consecuencia del estado de indefensión que padeció el imputado (considerando 8°).

En el *sub júdice*, al objetar la recurrente la pena única impuesta a Estévez, su planteo también se dirige exclusivamente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal, a determinar la operatividad de cabe asignar a la última parte del artículo 55 del mismo cuerpo legal –vigente antes de la reforma de la ley 25.928– con motivo de la sanción de la ley 23.077, y no a establecer el alcance de ésta última. Por lo tanto, en mi opinión, el tema a decidir constituye una cuestión de hecho y derecho común que, en la medida que fue resuelto con suficientes fundamentos de igual naturaleza, por opinables que resulten, no autorizan la descalificación del fallo como acto jurisdiccional (Fallos: 305:1103; 308:2352 y 2405; 312:195, entre otros).

Asimismo, tal como aconteció en tales casos, con la intención de hacer prevalecer su criterio, la defensa aduce dogmáticamente una “falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la falta cometida”, sin siquiera analizar la gravedad y reiteración de los delitos por los que fue condenado su asistido.

Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido en esta presentación directa, no puede inferirse de lo resuelto por el *a quo* al rechazar el recurso de casación un menoscabo a la garantía prevista en el artículo 8.2.h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida que se realizó un examen de los planteos sometidos a su conocimiento de acuerdo con las pautas establecidas por V.E. en Fallos: 328:3399, sin que se haya alcanzado a demostrar que la inteligencia asignada a la norma en cuestión y su aplicación al caso resulte manifiestamente inadecuada e irrazonable.

– III –

En consecuencia, opino que corresponde desestimar esta queja. Buenos Aires, 5 de septiembre de 2008. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Cristian Andrés Estévez o Cristian Daniel Estévez en la causa Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas –causa N° 1669/1687–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa de Cristian Daniel Estévez contra la sentencia que lo condenó a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, comprensiva de la pena a veinticuatro años de prisión impuesta en esta causa por los delitos de robo agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades y tenencia de arma de guerra, en concurso real, y la de diez años y seis meses de prisión impuesta el 13 de agosto de 1995 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, como autor del delito de homicidio en concurso real con lesiones leves.

2º) Que en contra de lo postulado por la defensa en el recurso de casación el *a quo* entendió que el art. 55 del Código Penal era una

norma de carácter general que no establecía expresamente cuál era el máximo legal previsto para las penas privativas de libertad, y que para su determinación, remitía a las escalas penales correspondientes a los delitos de la parte especial. Según este criterio, apoyado en varios precedentes de esa cámara, aun cuando dicho límite históricamente se hubiera mantenido en veinticinco años, nada impedía que, de producirse alguna modificación en esa pena máxima, ello produjera una variación correlativa de las penas correspondientes para los casos de concurso de delitos y para la unificación de penas. En consecuencia, estimó que la pena única impuesta se encontraba dentro de los límites establecidos por la ley, por encontrar su fundamento en la agravante genérica prevista en el primer párrafo del art. 227 ter del Código Penal, que aumenta en un medio el máximo de la pena de cualquier delito “cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”. Asimismo, fueron desestimadas las alegaciones de la defensa relativas a las inconsecuencias a que conduciría la interpretación en cuestión con relación a la situación más gravosa en que terminaría quedando el condenado a prisión temporal en comparación con la situación de los condenados a prisión perpetua respecto de las atenuaciones de la ejecución penitenciaria (cf. ley 24.660), la libertad condicional, la prescripción y las escalas previstas para la tentativa y la participación.

3º) Que contra esa decisión la defensa interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo (fs. 89/90) motivó la presentación de esta queja.

4º) Que ante esta instancia la defensa se agravia por la arbitraria interpretación de la ley sustantiva y por la imposición de una pena inhumana, cruel y degradante, y que, además, resulta producto de la conculcación del principio de legalidad (art. 18, de la Constitución Nacional), por haber sido fijado su monto en violación a la prohibición de analogía. Ello por cuanto fueron extendidos indebidamente al art. 55, Código Penal, los efectos agravatorios del art. 227 ter –introducido por la ley 23.077–, destinado a regir exclusivamente para hechos vinculados a los atentados en contra de la Constitución Nacional.

5º) Que tal como lo señala el señor Procurador Fiscal no se encuentra controvertida en autos la interpretación de la ley 23.077 sino, en todo caso, cómo debe entenderse la remisión a la parte especial del art. 55 del Código Penal en tanto indica –en su redacción aplicable al caso, anterior a la reforma de la ley 25.928– que el máximo de la escala penal en los casos de concurso “no podrá exceder del *maximum*

legal de la especie de pena de que se trate”. En este sentido, el tema a resolver constituye una cuestión de derecho común, por principio, ajena a la jurisdicción del Tribunal (Fallos: 164:110; 188:205; 241:40; 276:332; 296:53; 300:711; 312:195, entre otros).

6°) Que conforme lo señalado, la discusión ha quedado aquí circunscripta a si las figuras agravadas introducidas para los atentados contra el orden constitucional tienen una especificidad tal que no pueden influir sobre la construcción de la escala penal del concurso real –tal lo postulado por la defensa– o si, en cambio, debe estarse al texto legal sin más ni más, y estimar que ya la introducción misma de un aumento tan considerable de la pena significó quebrar definitivamente la tradición de fijar en veinticinco años el máximo de las penas temporales de prisión.

7°) Que la cámara ha dado razones suficientes para inclinarse por la segunda alternativa, y en modo alguno puede afirmarse que haya producido una extensión analógica de la pena prevista para el art. 227 ter, Código Penal. En efecto, el propio art. 55 –en la redacción que aquí interesa– exige al intérprete indagar en la parte especial a fin de establecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate. Por sí misma, esta sola circunstancia no basta para considerar violado el mandato de certeza (arg. art. 18 de la Constitución Nacional), toda vez que el establecer los alcances y matices de los textos legales frente al caso concreto constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho.

8°) Que, del mismo modo, no basta para descalificar la inteligencia del art. 55 propugnada por el *a quo* la sola invocación de posibles inconsecuencias sistemáticas, que conducirían a que los condenados a penas privativas de libertad perpetuas sufrieran un tratamiento menos gravoso que algunos condenados a penas temporales. Ello, no sólo porque no se trata de la concreta situación planteada en el *sub lite*, sino, además, porque el argumento presupone que tales discordancias, en los supuestos en que efectivamente se plantearan, serían absolutamente insuperables e imposibles de corregir por vía hermenéutica.

9°) Que, asimismo, carece de fundamento el agravio relativo al carácter cruel, inhumano y degradante de la pena impuesta al recurrente. Aun cuando se entienda –como lo hace la defensa– que la pena agravada prevista por el art. 227 ter del Código Penal no puede ser extendida al art. 55, Código Penal, no se encuentra controvertido en estos actuados

que una pena como la impuesta al condenado —al menos respecto de la comisión de ciertos atentados contra el orden constitucional— resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sin que aquí se la haya descalificado constitucionalmente *per se*. En tales condiciones, vista la extrema gravedad de los diversos hechos por los que se condenara a Estévez, no se advierte a partir de lo argumentado por la defensa por qué razón respecto a la impuesta al nombrado sí cabría impugnarla del modo que se intenta.

10) Que, por lo tanto, la decisión del *a quo* a favor de una de las alternativas interpretativas posibles respecto del máximo legal previsto para el art. 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido. Con relación a esto, cabe citar la afirmación de la propia recurrente en cuanto a que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (cf. fs. 81, con cita de Fallos: 234:82, 310; 241:121). Pero idéntico principio se aplica también a la jurisdicción de esta Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común. En el ámbito que es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de esta Corte, aun cuando de haber estado en aquel lugar hubieran preferido una solución diferente.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)— E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*)— CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la suscripta remite a los considerandos 1° a 4° del voto de la mayoría.

5°) Que tal como lo señala el señor Procurador Fiscal no se encuentra controvertida en autos la interpretación de la ley 23.077 sino, en todo caso, cómo debe entenderse la remisión a la parte especial del art. 55 del Código Penal en tanto indica –en su redacción aplicable al caso, anterior a la reforma de la ley 25.928– que el máximo de la escala penal en los casos de concurso “no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”. En este sentido, el tema a resolver constituye una cuestión de derecho común, ajena a la jurisdicción del Tribunal (art. 15 de la ley 48; Fallos: 164:110; 188:205, entre otros).

6°) Que conforme lo señalado, la discusión ha quedado aquí circunscripta a si las figuras agravadas introducidas para los atentados contra el orden constitucional tienen una especificidad tal que no pueden influir sobre la construcción de la escala penal del concurso real –tal lo postulado por la defensa– o si, en cambio, debe estarse al texto legal sin más ni más, y estimar que ya la introducción misma de un aumento tan considerable de la pena significó quebrar definitivamente la tradición de fijar en veinticinco años el máximo de las penas temporales de prisión.

7°) Que la cámara ha dado razones suficientes para inclinarse por la segunda alternativa, y en modo alguno puede afirmarse que haya producido una extensión analógica de la pena prevista para el art. 227 ter, Código Penal. En efecto, el propio art. 55 –en la redacción que aquí interesa– exige al intérprete indagar en la parte especial a fin de es-

tablecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate. Por sí misma, esta sola circunstancia no basta para considerar violado el mandato de certeza (arg. art. 18 de la Constitución Nacional), toda vez que el establecer los alcances y matices de los textos legales frente al caso concreto constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho.

8º) Que, asimismo, carece de fundamento el agravio relativo al carácter cruel, inhumano y degradante de la pena impuesta al recurrente. Aun cuando se entienda —como lo hace la defensa— que la pena agravada prevista por el art. 227 ter del Código Penal no puede ser extendida al art. 55, Código Penal, no se encuentra controvertido en estos actuados que una pena como la impuesta al condenado —al menos respecto de la comisión de ciertos atentados contra el orden constitucional— resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sin que aquí se la haya descalificado constitucionalmente *per se*. En tales condiciones, vista la extrema gravedad de los diversos hechos por los que se condenara a Estévez, no se advierte a partir de lo argumentado por la defensa por qué razón respecto a la impuesta al nombrado sí cabría impugnarla del modo que se intenta.

9º) Que, por lo tanto, la decisión del *a quo* a favor de una de las alternativas posibles respecto del máximo legal previsto para el art. 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común razonables y suficientes. Con relación a esto, cabe citar la afirmación de la propia recurrente en cuanto a que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (cf. fs. 81, con cita de Fallos: 234:82, 310; 241:121). Pero idéntico principio se aplica también a la jurisdicción de esta Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común. En el ámbito que es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de esta Corte, aun cuando de haber estado en aquel lugar hubieran preferido una solución diferente.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el recurso extraordinario –cuya denegación dio origen a esta queja– se dirige contra la sentencia de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que no hizo lugar al recurso de casación deducido por la defensa contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 14 que –por mayoría– había condenado a Cristian Daniel Estévez a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, comprensiva de la impuesta en esta causa a veinticuatro años de prisión en orden a los delitos de robo agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades y tenencia ilegítima de arma de guerra, todos en concurso real, y de la de diez años y seis meses de prisión impuesta el 13 de agosto de 1995 por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 9, en orden a los delitos de homicidio en concurso real con lesiones leves.

2º) Que para así resolver, el *a quo* negó haber incurrido en una errónea interpretación del art. 55 del Código Penal al imponerle al nombrado una pena única de prisión superior a los veinticinco años. En tal sentido, sostuvo que en diversos precedentes de esa cámara se afirmó que dicha norma era una disposición de carácter general que, al no establecer con precisión cuál era el máximo de las penas privativas de libertad, remitía a las figuras penales previstas en la parte especial. Agregó que aun cuando históricamente ese límite para las penas divisibles era de veinticinco años, nada impedía que de producirse alguna modificación respecto de esa especie de pena, variara también dicho monto tanto para el concurso de delitos como para la unificación de penas. Por ello concluyó que en autos la pena única impuesta no resultaba contraria a derecho pues encontraba fundamento en la agravante genérica prevista en el primer párrafo del art. 227 ter del Código Penal (según ley 23.077), que aumenta en un medio el máximo de la pena de cualquier delito cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. En virtud de estas consideraciones rechazó los cuestionamientos de la defensa relativos al mayor tiempo de detención que Estévez habrá de sufrir para acceder a alguno de los beneficios que establece la ley 24.660, y a la incompatibilidad de esta interpretación con otros institutos penales, tales como la prescripción, la libertad condicional y la tentativa, entre otros.

3º) Que en el recurso extraordinario la defensa cuestiona el monto de la pena única por considerar que se ha impuesto una pena cruel e inhumana a partir de una interpretación que no sólo se aparta del texto legal, sino que además extiende analógicamente el alcance del art. 277 ter del Código Penal atribuyéndose el rol de legislador, en clara violación al principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional).

4º) Que, en tales condiciones, los agravios formulados suscitan cuestión federal bastante para la apertura de la instancia prevista en el art. 14 de la ley 48, pues la sustancia del planteo determina que se encuentre directamente en juego el principio de legalidad en materia penal en cuanto exige la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar (Fallos: 311:2453; 312:1920, entre otros).

5º) *Límites al control de la cuantificación penal*

En la presente causa se plantea si se halla ajustada a derecho la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión impuesta a Estévez.

Es doctrina de esta Corte que la cuantificación penal es una materia reservada a los tribunales de sentencia, criterio que resulta correcto en general, con los límites que se derivan de la propia Constitución, en dos sentidos: (a) que la individualización penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione la racionalidad exigida por el principio republicano (art. 1º Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5, 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos) ; y (b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria con la gravedad señalada por esta Corte en materia de revisión de hecho y prueba (Fallos: 328:3399).

Ninguno de estos extremos se hallan en cuestión en la presente causa, pues (a) no se pone en duda la gravedad de los delitos por los que se condena a Estévez, que importan un contenido injusto muy alto y al que sin duda corresponde un alto grado de reproche jurídico de culpabilidad, en tanto que (b) tampoco se discute la eventual arbitrariedad en la cuantía individualizadora dentro de una escala legal.

6°) *Se discute la escala aplicable y no la cuantía de la pena im-
puesta*

La última circunstancia señalada se diferencia con claridad respecto de lo discutido en la causa, que en realidad es un presupuesto lógico indispensable de ésta: medir la pena concreta dentro de una escala legal de pena presupone disponer de la escala legal con un mínimo y un máximo como espacio de flexibilidad de la cuantificación judicial concreta.

Se trata de cuestiones que operan mediante una prelación lógica y lo que se discute en la causa no es la cuantía de la pena ni el criterio con que se la individualiza conforme las pautas dentro del sistema de penas flexibles de la ley, sino justamente el presupuesto de esa individualización, o sea, cuál es la escala legal aplicable, la que no presenta dificultad en cuanto al mínimo, pero que necesariamente también debe reconocer un máximo. La cuestión a decidir es cuál es el máximo de la escala de la pena de prisión en nuestra ley penal vigente, y no si dentro de esa escala ha sido razonablemente establecida, lo que sería un paso lógicamente posterior.

7°) *¿Se trata de una cuestión de derecho común?*

Siendo una cuestión de interpretación de leyes penales, cabe preguntarse también si en razón de ello corresponde a la competencia de esta Corte, pues sólo existiendo un imperativo de orden constitucional estaría habilitada la competencia de la Corte.

La respuesta restrictiva de la competencia de la Corte derivaría de la consideración aislada de las normas citadas, limitando la discusión a lo señalado por las partes en la causa, que no es más que una reiteración de la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de los efectos que para la unificación de condenas y de penas del art. 55 del Código Penal en su redacción tradicional tendría la reforma de la ley 23.077 al introducir el art. 227 ter que habilita el aumento hasta un medio del máximo de las penas contempladas para cualquier delito (con lo que llegaría a un máximo de treinta y siete años y seis meses), y la del tercer párrafo del art. 235 en función del máximo de la pena establecida en el segundo párrafo del art. 225 (que habilitaría un máximo temporal de cincuenta años).

Por cierto que en este supuesto tampoco se excluiría por completo un eventual planteamiento ante la Corte, en el que podría discutirse

en casos particulares si la cuantía de la pena implica directa o indirectamente la cancelación total de la vida de la persona conforme a las expectativas de vida corrientes, lo que puede entenderse como una reintroducción de la pena de muerte por vía de un equivalente, cuestión que *prima facie* aparece como ajena al caso, sin perjuicio de que en razón de la completividad requerida en la reconstrucción dogmática que se exige en el caso se vuelva más adelante sobre el tema.

8°) *El mandato de certeza del derecho como base de seguridad jurídica*

La cuestión del máximo de la pena temporal privativa de la libertad en nuestra ley penal vigente no es una cuestión de mera interpretación del derecho común, si se la analiza desde la perspectiva en que siempre que se quiere alcanzar el fondo debe analizarse toda cuestión que hace a la seguridad jurídica y a la certeza del derecho, como es ubicarla en su adecuada dimensión temporal para poder explicar lo que se observa en los cortes transversales aislados de los diferentes momentos legislativos.

Analizando desde esta visión la dinámica legislativa anterior a la ley que se aplica al caso y también la posterior a ésta, sale a luz una peligrosa omisión de cumplimiento de mandatos constitucionales por parte del Poder Legislativo y se ponen de manifiesto en toda su magnitud las consecuencias que acarrearán para la certeza del derecho, cuya gravedad no sólo habilita la competencia de esta Corte sino que le impone un esfuerzo de interpretación conjunta de disposiciones legales vigentes que, respetando al máximo el principio de *ultima ratio* en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, sirva de marco en el futuro para reparar en lo posible el déficit generado por la aplicación aislada y contradictoria de esas disposiciones.

9°) *El mandato de certeza jurídica positivizado*

La exigencia de certeza en el derecho se remonta al origen más remoto de nuestra legislación positiva y su expresión en el derecho positivo es coetánea con la propia fijación de nuestra lengua castellana, pues se sintetizó en el célebre mandato del Fuero Juzgo: *La ley deve ser manifiesta, é non deve ninguno seer engannado por ella* (Título II, De las Leyes, IV, *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la*

Real Academia Española, Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1815, pág. 5).

La certeza del derecho es requisito de toda materia jurídica, pues es lo que hace previsible la conducta y de este modo permite la coexistencia sobre base racional que, en definitiva, no es más que el objetivo general del derecho, positivizado en el ordenamiento jurídico argentino en el Preámbulo de la Constitución Nacional. En efecto: (a) *La unión nacional* demanda cierta unidad normativa, puesta de manifiesto en la particular delegación de facultades legislativas por parte de las provincias, en lo que nuestra Constitución se separa del modelo norteamericano. Se verá más adelante que la contribución de la unidad normativa a la nacional ha sido uno de los motores impulsores del movimiento codificador europeo. (b) Para *afianzar la justicia* y para *asegurar los beneficios de la libertad* es menester proveer seguridad en forma de certeza: tanto al legislador como a los jueces la Constitución les reclama certeza en el derecho. Este *mandato de certeza constitucional*, por ende, rige tanto en el momento legislativo como en el judicial de concreción del derecho.

10) *El debilitamiento de la certeza del derecho*

El fenómeno de progresivo debilitamiento de la certeza del derecho —o de violación del mandato de certeza— se ha denunciado universalmente a lo largo del siglo pasado y angustiaba en 1942 al malogrado López de Oñate, cuando destacaba que en su tiempo se le habían inferido heridas, *en un proceso tal vez heterogéneo respecto de los fines originarios e inmediatos, pero que no por ello han dejado de dar, directa y exactamente en el blanco* (Flavio López de Oñate, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, EJEJA, 1953, pág. 93). Desde entonces hasta hoy la cuestión se ha potenciado y nuestra República no permaneció ajena a este fenómeno jurídico negativo.

11) *El mandato de certeza es más estricto en materia penal*

Pero si la exigencia de certeza es una cuestión jurídica general, lo cierto es que alcanza su más alto grado —fuera de toda discusión— en el marco de la legislación penal de todo estado de derecho, en que la *estricta legalidad* no sólo debe observarse en cuanto a la redacción de los tipos, sino también en lo que incumbe a las penas, siendo indispensable su previsión precisa antes del hecho de la causa (no se trata

sólo del *nullum crimen*, sino también del *nulla poena sine proevia lege penale*). No es posible dudar acerca de esta exigencia en nuestras normas máximas.

12) *La codificación como exigencia del mandato de certeza y de la soberanía política*

A partir del siglo XVIII convergieron tanto el racionalismo propio del Siglo de las Luces como el pragmatismo indispensable para la configuración de los Estados nacionales en la necesidad de síntesis, sistematización y agotamiento del contenido de cada materia jurídica en *códigos*.

Con este nombre se designaron desde entonces los cuerpos legales sistemáticos y exhaustivos, a diferencia de los anteriores, que eran recopilaciones de leyes de tiempos diferentes, sin concentración sistemática y carentes de parte general, tales como la Nueva Recopilación de Felipe II de 1567 (*Tomo Segundo de las leyes de Recopilación que contiene los Libros Sextos, Séptimo, Octavo y Nono*, Madrid, 1775, págs. 312-475, que corresponden al libro VIIIº, dedicado a las leyes penales) o las *Ordenaciones portuguesas (Ordenações do Senhor Rey D. Alfonso V., Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1792, reproducido facsimilar de la Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1984; Ordenações do Senhor Rey D. Manuel, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1797, reproducido facs. cit.; Ordenações e Leis do reino de Portugal, recopiladas por mandado do Rei D. Felipe o Primeiro, Nona edição, feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada y expurgada pela original de 1603, Tomo III, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1824)*.

El proceso de *codificación* moderno fue impulsado, por un lado, por las ideas del Iluminismo, que demandaban sencillez y claridad en las leyes, al tiempo que satisfacían el afán general de concentración y sistematización científica propio del *enciclopedismo* y que se manifestó desde el origen mismo de la Revolución Francesa, expresado en el mandato de la Asamblea Constituyente del 5 de julio de 1790: *las leyes civiles se revisarán y reformarán por los legisladores, y se hará un Código general de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución*, reiterado obsesivamente hasta 1793 (Cfr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, en Prólogo a Jean-Etienne-Marie Portalis, Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil Francés, Valparaíso, 1978, pág.

7). La Revolución Francesa aspiraba a leyes claras, entendibles por el ciudadano, por oposición a una administración de justicia elitista, en manos de los llamados *Parlamentos*, que manipulaban una legislación fragmentaria, intrincada y casi incomprensible para los propios técnicos, propia del antiguo régimen.

Por otro lado, la *codificación moderna* fue promovida por la necesidad de consolidar los Estados nacionales en función de una legislación única. Portalis anotaba: *Se hubiera dicho que la Francia no era sino una sociedad de sociedades. La patria era común, mas los estados particulares y distintos; el territorio era uno, mas las naciones, diversas. Más de una vez, magistrados dignos de alta estima concibieron el proyecto de establecer una legislación uniforme. La uniformidad es un género de perfección que, según las palabras de un autor célebre, suele captar a los espíritus grandes y golpea infaliblemente a los pequeños* (Portalis, Discurso, cit., pág. 28).

13) *La mayor urgencia codificadora en materia penal*

Es interesante señalar que, en tanto que el Code se demoró hasta 1804 con Napoleón, en materia penal los propios legisladores revolucionarios sancionaron el primer código francés en 1791, si bien reemplazado después por el napoleónico (Código Penal Francés de 1791, traducción y nota introductoria de José Luis Guzmán Dálbora, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, UNED, Madrid, enero de 2009), lo que denota la importancia que a este método legislativo asignaron los primeros legisladores revolucionarios y, por ende, la mayor urgencia de la codificación para cumplir con el mandato de certeza en esta materia.

Cabe señalar que el impulso a la codificación legislativa en el campo penal por imperio de la demanda de unidad nacional y de la razón fue anterior a la Revolución de 1789, pues respondió a la difusión de las luces entre los déspotas ilustrados, siendo fruto de esta corriente el primer código penal europeo, que fue el Código Criminal de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 (su texto y comentario en Carlo Paterniti, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, CEDAM, Padova, 1985), precedido por otros textos que paulatinamente se aproximaban al modelo moderno de *código* (en detalle lo analiza Yves Cartuyvels, *D’où vient le Code Pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe. Siècle*, Bruselas, DeBoeck Université, 1996).

Es ampliamente conocido el debate alemán acerca de la codificación civil, a partir del reclamo de Anton Friedrich Justus Thibaut, basado tanto en la racionalidad (había llegado a tomar clases directamente de Kant) como tácitamente en la necesidad de unidad nacional (*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814), y de la respuesta que en ese mismo año recibe en la exitosa monografía de Savigny (Friedrich Karl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*, Heidelberg bey Mohr und Zimmer, 1814), en que reivindicaba esa tarea para la ciencia jurídica (Rechtswissenschaft) en el marco del romanticismo jurídico de su historicismo. En su momento triunfó Savigny y postergó por más de setenta años la codificación civil alemana, toda vez que el código entró en vigencia apenas en 1900.

No obstante, no sucedió lo mismo en cuanto a la materia penal, que la legislación imperial de 1871 adoptó rápidamente sobre el modelo de Prusia de 1851 (sobre esto: Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pág. 336) —cercano al napoleónico— y que venía precedido por los códigos preunitarios muy anteriores (la edición completa de éstos en M. Stenglein, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher herausgegeben von...*, München, 1858; un análisis de éstos en Eb. Schmidt, op. cit., págs. 303 y sgts.), uno de los cuales precisamente —el de Feuerbach para Baviera de 1813 (*Bayerisches Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1813*, en M. Stenglein, cit., I, págs. 13 y sgts.)— fue ampliamente receptado por Carlos Tejedor en su proyecto que, por sanción provincial, fue nuestro primer código penal (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Don Carlos Tejedor, Primera Parte*, Buenos Aires, 1866).

Es clarísimo que la codificación penal, por la urgencia de certeza propia de la materia, se impuso con mucha mayor celeridad y menor resistencia que la civil en el avance europeo del movimiento codificador.

14) *El concepto moderno de codificación*

Hace casi un siglo Bunge precisaba del siguiente modo las consecuencias de este modelo: *Llámase legislación al conjunto de leyes vigentes en un estado. Pueden ser de dos formas: la de la incorporación y la de la codificación. La primera estriba en que las leyes se dicten de*

una manera ocasional, según las circunstancias, para que, conforme vayan apareciendo, se agreguen a la legislación. La segunda, en que todas las leyes relativas a cada una de las principales materias o ramas de la jurisprudencia se dicten de una vez, en cuerpos orgánicos y sistemáticos, denominados códigos (C. O. Bunge, El Derecho (Ensayo de una teoría integral), Buenos Aires, 1915, II, pág. 198). Agregaba: El sistema de la incorporación ha existido en la legislación de los pueblos europeos, hasta el siglo XIX. Salvo en Inglaterra y en la mayor parte de los estados de Norte América, donde todavía se conserva, en todas las demás naciones civilizadas ha sido substituido por el de la codificación. Ofrece éste considerables ventajas, pues presenta el derecho de una manera más clara y científica (Idem, pág. 199).

En la actualidad la excepción anglosajona que señalaba Bunge, puede considerarse casi extinguida en materia penal, dado el progresivo y franco avance del derecho legislado en las últimas décadas y la prohibición de la antigua facultad de creación judicial de tipos penales, cancelada definitivamente por la Cámara de los Lores hace más de medio siglo.

En síntesis: la *codificación*, que exige completividad respecto de una materia jurídica, orden sistemático de las disposiciones y claridad en el lenguaje, con el máximo de precisión posible, es una técnica legislativa destinada al mejor cumplimiento del mandato de certeza constitucional.

La adecuación de esta técnica legislativa para el mejor cumplimiento del mandato de certeza se verifica históricamente con la mayor urgencia y menor discusión con que se la receptó en el campo penal, donde la técnica de codificación se impuso con mucha mayor celeridad que en el derecho privado.

15) *La codificación como exigencia del mandato de certeza y el nacimiento de los estados americanos*

El reconocimiento de la superioridad técnica de la codificación y su requerimiento como garantía de certeza se hallan históricamente vinculados a nuestra emancipación, pues desde los albores de la vida independiente de los pueblos de nuestra América se ensayaron, proyectaron y sancionaron constituciones y estatutos —o sea, *códigos políticos*— y de inmediato o incluso antes de ellos, los *códigos penales*. Dejando de lado las tentativas frustradas, que fueron varias (el primer proyecto que

parece datar de 1812 es de Manuel de Vidaurre para el Perú, publicado en 1822 pero que se difunde a través de la edición de Boston de 1828; parece haber existido un proyecto en 1823 para Colombia, preparado por Jerónimo Torres y Tomás Tenorio; cabe anotar que también hubo un proyecto argentino que se ha perdido, obra de un jurista francés: *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires, en que van sentados los principios que podrán servir de base para un código de leyes nacionales, por D. G. Bellemare. Abogado. Antiguo magistrado francés y ciudadano de la República Argentina. Acompañado con dos discursos sobre la pena de muerte, el primero en pro de la pena por D. Valentín Alsina; y el otro en contra por el Sr. Bellemare, Buenos Aires, Imprenta del Estado, Calle de la Biblioteca n. 89, 1829*, Reproducción facsimilar del Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1949), se sancionaron códigos penales desde 1826 en El Salvador (en ese año El Salvador sancionó el código penal español de 1822; el texto del código sancionado en 1826 se encuentra en la obra de Isidro Menéndez con el título de *Código Penal del Estado decretado por la legislatura en 13 de abril de 1826 (Recopilación de las leyes del Salvador en Centro-América: formada por el Sr. Presbítero Doctor y Licenciado Don Isidro Menéndez, a virtud de Comisión del señor Presidente Don José María San Martín, refrendada por el Sr. Ministro del Interior, Lic. D. Ignacio Gómez, Guatemala, Imprenta de L. Luna, Plazuela del Sagrario, 1855, tomo I. págs. 386–512, edición facsimilar de 1956; las actas originales se han destruido en incendio de archivo) y desde 1831 en Bolivia (*Código Penal Santa-Cruz, Paz de Ayacucho, Imprenta del Colegio de Educandas; Administrada por Manuel V. del Castillo, 1831) y Brasil (Codigo Criminal do Imperio do Brazil, anotado por Araujo Filgueiras Junior, Río de Janeiro, 1876).**

Nuestro país se movió hacia la codificación penal con mucho mayor retraso que el resto de las Repúblicas Americanas, pues el Proyecto de Carlos Tejedor fue adoptado por las Legislaturas provinciales como una necesidad ante la desidia legislativa del Congreso Nacional (sobre su vigencia provincial Moisés Nilve, *La vigencia del Proyecto Tejedor como Código Penal de las Provincias Argentinas*, en “Revista Penal y Penitenciaria”, año X, 1945, pág. 35; ver *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, Nueva Edición Oficial*, Buenos Aires, Librería e Imprenta de Mayo, 1884), que incluso lo mantuvo tímidamente con vigencia para la Ciudad de Buenos Aires después de la federalización de su territorio, en función de la ley 1144 orgánica de los tribunales, del 15 de diciembre de 1881. Finalmente, en 1886 cumplió con el mandato

constitucional (*Código Penal de la República Argentina, Edición Oficial*, Buenos Aires, Imprenta de Sud América, 1887), aunque mantuvo una defectuosa legislación penal, escindida en dos leyes (*Ley designando los crímenes cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales y estableciendo su penalidad*, del 14 de setiembre de 1863, en *Colección de leyes y decretos sobre Justicia Nacional*, Publicación Oficial, Buenos Aires, 1863, y el código de 1886 para los delitos comunes), hasta que el código de 1921 dio cumplimiento cabal al mandato de 1853 dictando un código único para delitos federales y ordinarios (*Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.179 con las modificaciones de las leyes 11.221 y 11.309, Edición Oficial*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía., 1924).

16) *El mandato de certeza y la exigencia constitucional de codificación*

Al margen de la displicencia legislativa nacional, lo cierto es que la codificación como técnica legislativa en materia penal exigida en función del mandato constitucional de certeza está consagrada en la Constitución desde su versión original, en el inciso 12 del art. 75 constitucional (antiguo inciso 11 del art. 67), que manda al Congreso dictar el Código Penal. La reforma de 1994, que habilita *cuerpos unificados o separados, sigue demandando códigos*, lo que pone de relieve con toda claridad mediante la palabra *cuerpos*.

Queda claro que la Constitución no se limita a delegar en el Congreso la función de legislar en materia penal, sino que lo hace imponiéndole una particular forma técnica de legislación, que es la *codificación*. El mandato constitucional de certeza jurídica exige que la legislación que las provincias delegaron en el Congreso Nacional sea lo más clara y sistemática que la técnica legislativa de su tiempo y los mejores ejemplos del mundo le ofrecían, técnica cuya superioridad en cuanto a certeza mantiene su indiscutible vigencia hasta la actualidad, lo que la convierte en una auténtica conquista de la civilización.

En síntesis: el *Congreso Nacional, en materia penal, puede y debe legislar; pero en la forma técnica de un código penal*. La ratificación que de este principio hizo la reforma de 1994 con el agregado de *cuerpos* deja aún más claro que por código se entiende el concepto moderno, producto de la evolución legislativa –hoy universalizada– de Europa continental, lo que por otra parte era el entendimiento que siempre tuvo la fórmula constitucional, absolutamente pacífico no sólo para la

doctrina sino también para todos los legisladores históricos, tanto los constituyentes al establecer el requerimiento como los ordinarios al ir sancionando los diferentes códigos nacionales y discutiendo los varios proyectos en función de ese mandato.

Nadie ha puesto en duda, jamás a lo largo de más de un siglo y medio, que por *código* debe entenderse en la Constitución aproximadamente el concepto que hace casi un siglo proporcionaba Bunge.

17) *El cumplimiento del mandato constitucional de certeza en 1921*

No cabe duda acerca de que finalmente en 1921 el Congreso Nacional dio cumplimiento al mandato constitucional de certeza en materia penal, con la técnica que la propia Constitución le impuso. La ley penal argentina adquirió claridad, precisión, la parte general sobria de nuestro Código Penal permitió una evolución científica y jurisprudencial muy interesante: el texto del código permitió que la doctrina incorporara y adaptara las mejores elaboraciones del mundo y que la jurisprudencia obrara en consecuencia con la dinámica de la ciencia jurídico-penal.

Fuera del texto codificado quedaron en 1921 muy pocas disposiciones como leyes penales especiales o vinculadas a la materia y que no obstaban al sano entendimiento de la legislación: la ley 111 de patentes de invención, la ley 2240 de protección de cables submarinos, la ley 9643 de warrants y certificados de depósito, la ley 10.903 de patronato de menores, la ley de maltrato de animales y algunas disposiciones referidas a correos y telégrafos, como también la ley de juegos de azar.

18) *La legislación penal especial y en leyes de extraña materia*

Al restablecerse el orden constitucional en 1983, eran más de sesenta las leyes penales especiales. Esta producción se intensificó a partir de 1984 y hoy los números son altísimos, las disposiciones aparecen esparcidas en múltiples leyes especiales y en leyes no penales, sin que prácticamente nadie ose afirmar que dispone de todos los textos legales penales sin omisiones.

Es claro que en la actual situación de la legislación penal, las normas contenidas en leyes penales especiales vigentes superan en

mucho a las codificadas, con lo cual puede afirmarse que nuestro país se enroló en la corriente técnico-legislativa que Bunge llamaba de la *incorporación* y a la que en su tiempo consideraba que había sido sustituida en todas las naciones civilizadas, asignándole las ventajas que señalaba y que hoy se han perdido. Lo cierto es que en modo alguno tiene idea del ámbito de prohibición penal quien se limite a los tipos contenidos en el código penal.

19) Reformas al Código Penal

A ello se suma la cantidad de reformas parciales que ha sufrido el propio Código Penal y que le han hecho perder su carácter de *cuero* y su fisonomía de sistema. Leyes formales, *leyes de facto* y decretos-leyes se han sucedido modificando el Código Penal, a veces en cientos de artículos, con frecuencia en marchas y contramarchas que alteraban y devolvían a éste su fisonomía originaria (1963 derogada casi de inmediato, 1967 derogada en 1973, 1976 derogada en 1984, por ejemplo).

Un Código Penal –como el de cualquier otra materia jurídica– responde a una estructura básica que le otorga *fisonomía*; es una suerte de edificio, y en la legislación comparada los hallamos de los más dispares estilos: el frontalismo del *Codice Rocco*, el modernismo del austriaco de 1974, el clasicismo del Zanardelli, del Modderman y en cierta forma del belga, etc.

El código de 1921 conservaba las líneas de la simetría del código bávaro de Feuerbach, pero era altamente funcionalista, escapaba a todo casuismo, se expresaba en períodos breves, eliminaba casi todos los tipos atenuados optando por mínimos de pena bajos, huía de toda definición teórica y su lenguaje era especialmente sobrio y preciso.

Estas características han desaparecido en forma inorgánica: se ha mezclado la fórmula sintética de cuantificación de penas con la tabulación de agravantes (las escalas agravadas en la multiplicación del art. 41 y las que se hallan en leyes especiales no incorporadas), que nunca había tenido vigencia entre nosotros; al subir los mínimos de múltiples escalas penales so pretexto de hipotética prevención general negativa no se crearon tipos privilegiados en reemplazo; se han calificado tipicidades de modo poco explicable, incluso recalificando tipos ya agravados; etc.

20) *La descodificación penal como proceso*

En la actualidad son más de doscientas las leyes que deberá tener en cuenta quien pretenda aproximarse a la legislación penal vigente, entre las leyes penales especiales, las que reformaron el propio texto del código y las disposiciones penales de leyes no penales.

En síntesis: *nuestra legislación penal, por vía de la formidable multiplicación de leyes penales especiales y de la reforma constante a las disposiciones del Código Penal ha sufrido un serio proceso de descodificación. Por ello, volvemos a hallarnos en una situación en la que el mandato constitucional de certeza no se cumple, en razón de que la mayor parte de la legislación no se halla codificada y de que la poca que queda codificada ha perdido el carácter sistemático propio de un código.*

La *descodificación penal* es un fenómeno que lesiona seriamente el mandato constitucional de certeza del derecho y, por ende, afecta la seguridad jurídica de los habitantes del país, por no mencionar que la disparidad de concreciones judiciales que habilita lesiona la forma en que la Constitución impone el mandato de certeza desde su objetivo —entre otros— de unidad nacional.

No sólo es hoy casi imposible para el lego tener conocimiento de la *criminalidad* en múltiples delitos como condición previa a la posibilidad reprochable de su comprensión (presupuesto elemental del juicio de culpabilidad), tal como lo exige el inciso 1° del art. 34 del Código Penal, sino que promueve errores en los propios técnicos del derecho, sean partes o jueces e incluso doctrinarios.

Se ha llegado al extremo de no contar con un texto o edición confiable y completa de la legislación penal vigente, careciendo de una edición oficial ordenadora, siendo de público conocimiento que los magistrados se manejan con ediciones comerciales a veces defectuosas y siempre completadas con notas y agregados personales en razón de la modificación continua de sus disposiciones. La materia penal adolece de una inestabilidad que no sólo es propia del fenómeno de *administrativización del derecho penal* señalado en otros países, sino también de una *banalización* del recurso penal en la actividad legislativa que privilegia su constante reforma, por oposición a lo que se había observado en las primeras cuatro décadas de vigencia del código, en que éste

había adquirido una manifiesta estabilidad apenas interrumpida por reformas menores.

21) *Los límites que debe cuidar el control judicial de constitucionalidad*

Está fuera de toda duda que no es función de los jueces la *reco-dificación* legislativa penal conforme al mandato constitucional de certeza. Por ello, tampoco es posible que el ejercicio de la jurisdicción constitucional devuelva por completo a los habitantes la seguridad jurídica perdida con el actual déficit de certeza de la ley penal y de la que gozaron con la anterior estabilidad de las primeras cuatro décadas de vigencia del código.

La *descodificación* ha sido un proceso regresivo prolongado en el tiempo y que no cabe atribuir a ningún período legislativo determinado, sino que fue impulsado a lo largo de medio siglo, con frecuencia con llamadas *leyes* emanadas de poderes no constitucionales, aunque es notoria la aceleración que sufrió en los últimos años. Por ende, no se trata de un acto legislativo particular y que pueda ser sometido al juicio de constitucionalidad, lo que imposibilita cualquier decisión jurisdiccional a su respecto.

No obstante, es incumbencia de la jurisdicción, en la medida de sus posibilidades y atribuciones, reducir los efectos de la *descodificación legal* violatorios del mandato de certeza, cuando éstos alcancen límites extremos de lesión a la seguridad jurídica en el campo penal, al punto de configurar un caso de *gravedad institucional*.

22) *La gravedad institucional*

No cabe dudar acerca de que el principio de legalidad penal está en la base de todo estado constitucional de derecho y es hoy una conquista de la civilización, impuesta incluso por el derecho internacional en los niveles universal y regional. Son pocos y excepcionales los casos que lo desconocen en el derecho comparado y nada tienen que ver con el sistema político y jurídico argentino. Fueron penosos y totalitarios los casos históricos de desconocimiento del principio en el mundo.

En función del principio de legalidad y por su exigencia de estrictez podría pensarse que toda interpretación de un tipo penal plantea un caso federal por comprometer la vigencia de la cláusula constitucio-

nal de legalidad y el consiguiente mandato de certeza y, por ende, se borraría todo límite con las cuestiones de derecho común.

La prudencia de la justicia constitucional debe mensurar en cada caso cuándo la lesión alcanza el límite de la gravedad institucional para evitar esta distorsión.

Es la propia prudencia –que debe regir toda decisión acerca de la constitucionalidad– la que muestra a las claras que la cuestión que plantea la presente causa alcanza uno de esos límites extremos de resentimiento del principio de legalidad penal por violación del mandato de certeza y quizá sea el más grave de todos ellos, pues lo menos que puede exigirse de un código penal, como cuerpo sistemático de normas legales, es que señale con certeza las penas y, en especial por su incidencia en los bienes jurídicos, el alcance máximo de la pena temporal más grave, que en las diferentes interpretaciones que acoge la jurisprudencia penal y que encuentran alguna base en la propia ley, oscilan nada menos que entre veinticinco y cincuenta años.

No cabe duda acerca de que configura una situación de gravedad institucional una legislación penal que no permite establecer unívocamente, esto es, sin lugar a dudas o incertidumbre, el máximo de la pena más grave, especialmente cuando las dudas abarcan un arco de veinticinco años de diferencia. La gravedad institucional es palmaria, dado que semejante diferencia desmorona uno de los pilares básicos de cualquier estado constitucional de derecho y en especial de las normas positivas que lo configuran en nuestra Constitución Nacional.

23) *El desmoronamiento de la certeza histórica*

Si bien el código de 1921 no contenía una disposición particular acerca del máximo de la pena temporal privativa de la libertad, durante casi ochenta años y por vía interpretativa pacífica se remitió a la pena temporal más grave de la parte especial, que era de veinticinco años, básicamente señalada en el art. 79 para el homicidio simple, lo que no acarreó mayores complicaciones.

Tampoco los tribunales hicieron uso del máximo del art. 55 sumando penas por delitos de menor gravedad hasta límites irracionales, con lo cual la prudencia judicial hizo que la fórmula de éste no fuese mayormente puesta en cuestión y tampoco la doctrina reparó en que su literalidad podía lesionar el principio de estricta legalidad de la pena.

En el plano práctico se resolvían de modo previsible las dificultades que posiblemente debieran haber sido objeto de discusiones científicas, que tampoco existieron.

En los últimos años esta *pax dogmatica e in judicando* se ha quebrado por completo: el máximo de la pena temporal privativa de la libertad no puede afirmarse con certeza en los textos de las leyes penales vigentes, pues tomadas sus disposiciones aisladamente, todas las soluciones dispares son posibles y todas ellas parecen ser visitadas por la jurisprudencia.

En efecto: la anterior certeza con estabilidad casi octogenaria se ha visto desbaratada en función de leyes posteriores hasta el presente y, por ende, la jurisprudencia registra una notoria disparidad de soluciones. Se trata del más grave de los resultados prácticos de la *descodificación* a que se ha hecho referencia antes y frente al cual la doctrina nacional se muestra tan desconcertada como la jurisprudencia.

24) *Eventual responsabilidad internacional*

El principio de legalidad en materia penal no está consagrado en nuestra Constitución Nacional sólo en virtud de disposiciones nacionales, sino que, al ratificar la República los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, y más aún al otorgarles vigencia interna en función de su incorporación constitucional, una lesión a este principio en medida tan notoria que configura una situación de gravedad institucional no sólo constituye la lesión a un pilar básico del orden constitucional, sino también un injusto de carácter internacional que pone en riesgo de sanción a la Nación tanto frente al sistema universal de Derechos Humanos como al regional interamericano.

Esta Corte y todos los jueces de la República tienen el deber de velar por el estricto cumplimiento de los deberes que el derecho internacional de los Derechos Humanos impone a la Nación y que ésta ha asumido, a efectos de evitar toda sanción que directa o indirectamente redunde en última instancia en consecuencias negativas para todos sus habitantes.

25) *La necesidad de proporcionar una solución en cumplimiento del mandato de certeza*

El mandato de certeza constitucional –como se dijo– tiene dos destinatarios: el legislador y el juez. Cuando lo incumple el legislador, es

deber del juez repararlo en la medida de lo posible. En algunos casos la reparación procede por vía de la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Se ha visto que frente a la lesión legislativa del mandato de certeza por medio de la descodificación, no es esa la vía adecuada y, además, sería la menos prudente.

Descartada por inviable e imprudente la declaración de inconstitucionalidad, sólo queda la *reconstrucción técnica o dogmática* de las disposiciones legales en forma armónica y compatible con la jerarquía de valores que impone la Constitución, a cuya cabeza se halla la integridad y dignidad de la persona, conforme a la decidida esencia personalista del orden jurídico argentino, señalada desde la Constitución de 1853 y aún desde todos sus antecedentes a partir de la emancipación nacional.

Por ello, a efectos de resolver la situación actual y eliminar este extremo de incerteza del derecho –configurador de una situación de gravedad institucional– se hace menester adoptar un criterio interpretativo de las diferentes disposiciones legales en juego que permita una solución que las armonice, incluyendo las disposiciones posteriores al hecho de esta causa, pues sólo de este modo es posible evaluar si cabe la aplicación de alguna de estas últimas en razón de su mayor benignidad.

Sólo en base a un marco de *interpretación reconstructiva* de la totalidad de las disposiciones vigentes en juego, será posible decidir si la pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión impuesta en el caso resulta admisible y, por último, determinar si en el caso particular de la unificación de penas en la causa corresponde la revocación de la sentencia en esta parte.

26) *Las normas en juego*

Las disposiciones legales que introdujeron la actual incerteza en la ley vigente se han sucedido en el tiempo y son principalmente (a) la ley 23.077 del 22 de agosto de 1984, que introduce los arts. 227 ter y 235 ; (b) la ley 25.928 del 10 de setiembre de 2004, que modificó el art. 55 del Código Penal admitiendo el máximo de cincuenta años para las unificaciones de condenas y de penas; y (c) la ley 25.892 del 26 de mayo de 2004, en cuanto eleva a treinta y cinco años el plazo tradicional de veinte años de cumplimiento de la pena perpetua para habilitar la solicitud de libertad condicional.

Estas disposiciones deben ser compatibilizadas con otras de diversa jerarquía y que integran el plexo que debe interpretarse armónicamente para llegar a alguna conclusión cierta.

Principalmente se trata de (a) la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto introduce el principio de abolición progresiva de la pena de muerte; (b) la ley 26.394 en cuanto deroga el Código de Justicia Militar y elimina de nuestro derecho la pena de muerte; (c) la ley 25.390 que aprueba el Estatuto de Roma que fue ratificado el 16 de enero de 2001 y entró en vigencia el 1° de julio de 2002; y, en especial, (d) la ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma, promulgada el 5 de enero de 2007, que por introducir el capítulo tipificador de los delitos más graves en nuestra legislación positiva, no puede considerarse una reforma coyuntural sino estructural.

27) Dificultades de la interpretación que lleva la pena al máximo de cincuenta años en virtud de la ley 23.077

En función de lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 235 se pudo entender que el máximo de la pena de prisión, en el supuesto del párrafo segundo del art. 226 podía llegar hasta cincuenta años. En función de lo dispuesto por el primer párrafo del art. 227 ter se pudo entender que podía llegar hasta treinta y siete años y seis meses.

En principio, es sumamente equívoca la previsión del art. 236, pues es obvio que estos delitos –como cualquier otro– no excluyen la aplicación de las reglas generales del concurso, sin ninguna necesidad de mención especial, en la medida en que el legislador respete el carácter de cuerpo o código con una parte general aplicable a todas sus disposiciones, de modo que no cabe entenderlo como una torpeza legislativa.

Negar toda validez a la disposición del art. 236 en función de una supuesta torpeza legislativa resulta contradictorio con la pretensión de que esos dispositivos permiten el aumento del máximo de la pena de prisión hasta cincuenta años, pues en tal caso también la omisión del máximo legal de la especie de pena podría entenderse como una omisión involuntaria y que queda implícita, dado que el art. 236 reforzaría el descuido con que se introdujo la ley.

Si se pretende interpretar que algo quiere decir el art. 236, podría entenderse que indica que se respetarán los máximos señalados para el concurso real, pero lo cierto es que éstos remiten a la parte especial

y a su máximo temporal, que al mismo tiempo el legislador parece modificar.

Una tercera posibilidad es que el art. 236, con redacción defectuosa, quiera remitir a la interpretación tradicional del art. 55 con el máximo de veinticinco años tomado en general del homicidio simple.

En este último supuesto no podría interpretarse que se elevan los máximos incluso para los delitos del título IX, pues de ninguna manera podrían beneficiar al infractor la concurrencia con otro delito.

De todas maneras, todas estas posibilidades muestran a las claras la gravedad de la lesión al mandato constitucional de certeza que se produce con esta ley modificatoria del Código Penal.

En cualquier caso, lo cierto es que entender que la ley 23.077 elevó el máximo de la pena temporal hasta cincuenta años destroza la coherencia del código en diversas materias tales como prescripción, tentativa, participación y libertad condicional, pues convierte a la pena temporal en varios aspectos en una pena más grave que la perpetua, que nadie duda que en nuestro sistema seguiría siendo la pena más grave, a juzgar por el incuestionable mayor contenido lesivo de los tipos para los que está prevista.

Las penas expresan grados de desvalor jurídico que corresponden a la mayor o menor gravedad del contenido injusto de las conductas criminales y no sólo se trataría de supuestos en los que se altera la escala de valores que adopta la ley penal, sino que incurriría en contradicciones completamente inexplicables. Quien intentase asesinar a toda su familia tendría una pena máxima de quince años y quien intentase cometer el delito del art. 225 con la calificante del art. 235 tendría una pena máxima muy superior, cualquiera sea la interpretación que se diese a la fórmula de la pena de la tentativa. Ello sin contar con que, quien efectivamente lograra consumar el primer delito (homicidio múltiple calificado) podría obtener la libertad condicional a los veinte años y quien cometiese el segundo podría llegar a obtenerla sólo superando los treinta y tres años y cuatro meses.

28) El orden de valores democráticos se alteraría

Además de las contradicciones internas en la economía general del sistema de penas del código de Moreno, lo cierto es que esto alteraría

por completo el sentido originario en cuanto al orden de valores en correspondencia con la Constitución Nacional.

La clasificación de los tipos de la parte especial de los códigos penales no es antojadiza. Desde la antigüedad se adoptaba el criterio de clasificación siguiendo al Decálogo, o sea, que a la cabeza se hallaban los delitos contra la religión. Con la codificación bonapartista se reemplazaron los delitos contra la religión por los delitos contra el Estado. El código de Feuerbach, que fue adoptado como modelo por Tejedor siguiendo su traducción francesa (*Ch. Vattel, Code Pénal du Royaume de Bavière*, París, 1852), fue el primero que conforme a la inspiración liberal, encabezó la parte especial con los delitos contra la persona. Desde sus orígenes nuestra ley penal ha seguido este orden que indica cierta jerarquía en los bienes jurídicos afectados y los consiguientes reproches punitivos, salvo el breve tiempo en que el modelo español rigió en Córdoba con la sanción del proyecto de Villegas, Ugarriza y García (*Proyecto de Código Penal presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García*, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1881).

La elección de Tejedor no fue antojadiza. Conforme al sentido de nuestra Constitución Nacional, los delitos contra los poderes públicos no pueden ser más graves que los delitos de máxima gravedad contra las personas, es decir, no es admisible que obtengan prioridad los poderes del Estado frente a la existencia humana.

Nuestro derecho, desde sus orígenes, ha respondido a la opción planteada modernamente por la filosofía del derecho entre personalismo y transpersonalismo, o sea, si hace sujeto de fines a la persona o al Estado (Max Ernst Mayer, *Filosofía del Derecho*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, 1937, pág. 156), en el clarísimo sentido de la opción por la persona. No parece razonable interpretar que uno de los primeros actos legislativos penales del gobierno constitucional, después de las consecuencias letales de vigencia de la más homicida de las omnipotencias estatales de nuestra historia, haya querido desconocer que nuestro orden jurídico es personalista o intrascendente.

Es claro que la ley 23.077 tuvo por objeto restablecer normas penales más benignas derogadas, derogar disposiciones represivas intro-

ducidas por las llamadas leyes *de facto* y tratar de devolver armonía al código penal. Por ello no parece razonable entender que la misma ley haya desquiciado al código penal en contra del orden de valores que impone una Constitución claramente personalista, elevando el valor de los poderes públicos por sobre el de las personas, introduciendo una pena máxima superior a la perpetua y desbaratando todo el sistema de escalas para la libertad condicional, la tentativa, la participación y la prescripción.

De resolverse la cuestión con lo meramente planteado en la causa –limitado al efecto de la ley 23.077–, debería decidirse entre la interpretación según la cual esta ley no alteró la escala del art. 55 del Código Penal originario, o bien declarando la inconstitucionalidad de la ley 23.077 en esta parte.

29) *La situación posterior creada por la ley 25.928*

De cualquier manera, esta discusión que es la que se plantea en la causa –correctamente porque el hecho es anterior a las siguientes leyes reformadoras– se quiso zanjar con el máximo de cincuenta años consagrado legalmente para el concurso real en la nueva redacción del art. 55 según la ley 25.928, que reforzaría la idea de que el legislador había llevado el máximo de la pena de prisión hasta cincuenta años también para otros supuestos: se podía interpretar que el art. 55 no sólo establecía el máximo de pena para el concurso real, sino que indicaba también el máximo de la especie de pena para la prisión.

30) *La pena temporal sigue siendo la más grave*

La objeción de que la ley 23.077 elevaba la pena temporal a cincuenta años y con ello introducía una pena temporal más grave que la perpetua, se intentó neutralizar en base a la ley 25.892 que reformaba el art. 13 del Código Penal, exigiendo el cumplimiento de treinta y cinco años de privación de libertad para la habilitación eventual de la libertad condicional en caso de prisión perpetua.

De este modo, en tanto que una pena temporal de cincuenta años habilitaría la libertad condicional a los treinta y tres años y cuatro meses, una perpetua la habilitaría recién a los treinta y cinco años, con lo cual la diferencia de un año y ocho meses de efectiva privación de libertad entre ambas penas, por cierto que poco significativa ante

las magnitudes en juego, justificaría la mayor gravedad de la pena perpetua.

Lo extraño del caso es que este recurso se frustra porque introduce una contradicción insalvable: la tentativa y la participación secundaria en delitos penados con prisión perpetua sigue teniendo una pena entre diez y quince años (arts. 44 y 46 del Código Penal). En síntesis: si alguien pone cianuro en la comida de toda su familia y después de mucho esfuerzo los médicos logran milagrosamente salvar la vida de los envenenados, el asesino frustrado tendrá expedito el camino para solicitar su libertad condicional a los diez años de cumplimiento de la pena (dos tercios del máximo de quince), en tanto que si uno sólo de los parientes muere, sólo podrá obtenerla transcurridos treinta y cinco años de cumplimiento de la pena.

Si bien en un derecho penal de acto la diferencia entre la pena de la tentativa y de la consumación se impone, dado el diferente grado de afectación del bien jurídico, la proporción de esta diferencia no puede ser nunca tan abismal, pues directamente se caería en un derecho penal de extremo puro resultado o cercano al objetivismo más descarnado, no habiendo razón que explique semejante disparidad.

También se evidencia la contradicción de la medida prevista para el concurso real en la ley 25.928, si se tiene en cuenta que el texto literalmente entendido permitiría la libertad condicional del envenenador frustrado de toda su familia a los diez años y la de la ladronzuela de tiendas que cometiese veinticinco hurtos menores en dos días sólo a los treinta y tres años y cuatro meses.

En el contexto creado por las leyes 25.892 y 25.928 habría que optar: (a) por la aplicación irracional de las penas con las inexplicables consecuencias señaladas y, por ende, con la alteración total de los desvalores y reproches correspondientes, lo que violaría el principio de racionalidad inherente al principio republicano de gobierno (art. 1º de la Constitución Nacional), que impone que todo acto de gobierno tenga una explicación racional, particularmente cuando se trata de afectar tan gravemente la libertad de las personas. La soberanía del legislador para imponer y establecer escalas de penas es muy amplia, por cierto, pero tiene como límite constitucional la posibilidad cuanto menos –y por discutible que sea– de *alguna* explicación racional, lo que no se da en el caso, en que no existe *ninguna explicación posible*; (b) por la adecuación

de las escalas de los arts. 44 y 46 del Código Penal, elevándolas, lo que es un camino prohibido por configurar una integración analógica de la ley penal *in malam partem*; o (c) por declarar la inconstitucionalidad de la reforma al art. 13 del Código Penal en esta parte.

31) *Las otras consecuencias de la ley 25.928*

Entendida a la letra, la redacción del art. 55 del Código Penal conforme a la ley 25.928 tiene el mismo efecto que la interpretación poco probable de la ley 23.077, pues sigue introduciendo penas más graves que la perpetua o, en el mejor de los casos, insignificanamente menos graves, y se incompatibiliza con las disposiciones referidas a las mismas instituciones: libertad condicional, tentativa, participación, prescripción.

No obstante, su entendimiento literal tiene otros efectos constitucionales. En verdad, la redacción originaria del código Moreno era de dudosa constitucionalidad y, si bien ésta nunca se había planteado, era debido —como se dijo— a la extrema prudencia de los jueces en su aplicación.

La fórmula originaria del código prescribía, por ejemplo, una escala penal para el concurso real de trece hurtos simples, que iba de un mínimo de un mes hasta un máximo de veinticinco años.

Si bien nuestro código adopta el sistema de penas flexibles, hoy generalmente admitido en el derecho comparado, lo cierto es que *flexibilidad* no importa *arbitrariedad absoluta*. Una escala penal de semejante amplitud violaba necesariamente el principio de legalidad de las penas. En función de la ley 25.928, entendido literalmente el texto del art. 55 vigente, veinticinco hurtos simples tendrían una escala penal de un mes como mínimo y cincuenta años como máximo, lo que provoca una formidable potenciación de su incompatibilidad con la exigencia constitucional de legalidad de la pena.

32) *El indicador histórico del criterio de arbitrariedad en la aplicación de la regla máxima del concurso real*

Debe descartarse la declaración lisa y llana de inconstitucionalidad del art. 55, pues el resultado sería eventualmente más gravoso, dado que deberían ejecutarse todas las penas sin límite alguno, en forma

que excedería la posibilidad biológica de la persona y haría caer en el ridículo al derecho al pretender lo imposible. Ante esta particularidad no resta otra solución que establecer un criterio para juzgar la arbitrariedad en su aplicación a los casos concretos. Existe un criterio al respecto que tiene un alto valor histórico.

El art. 55 del Código Penal proviene del proyecto de 1891 (así en el art. 80 del proyecto, en pág. 282, *Proyecto de Código Penal/República Argentina/Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de Junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero/Rodolfo Rivarola/José Nicolás Matienzo*, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891), que citaba como fuente el art. 57 del código holandés. Los proyectistas de 1891, sin embargo, creyeron simplificar el sistema holandés estableciendo sólo como máximo el de la especie de pena, cuando en realidad el código Modderman establecía que tampoco podía exceder de un tercio más de la pena más grave (Witgens, Willem-Joan, *Code Pénal des Pays-Bas (3 Mars 1881) traduit et annoté par...*, París, 1883, pág. 17; sobre Anthony Ewound Jan Modderman, P. van Heijnsbergen, *Geschiedenis der Rechtwetenschap in Nederland*, Amsterdam, 1925, pág. 219), lo que resulta bastante racional, pues impide los casos aberrantes que sumarían penas por delitos leves hasta llegar a la arbitrariedad, pero al mismo tiempo permiten que en delitos graves se admita una pena aumentada hasta un tercio.

La indicación de una pena que aumente hasta una cuantía razonablemente superior a la de la pena del delito más grave configura un buen criterio para juzgar acerca de la arbitrariedad en los casos concretos y excluye la inconstitucionalidad en la aplicación de la fórmula del art. 55 en cuanto lesión al principio de legalidad de la pena.

33) *En cuanto a la pena de cincuenta años*

Una pena privativa de la libertad de cincuenta años, independientemente de otras consideraciones, importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona según el promedio nacional, todo ello sin contar con el efecto deteriorante casi irreversible que importa semejante grado de institucionalización total.

Dicho más brevemente, se trata de un equivalente a la pena de muerte, que ha sido expresamente derogada en virtud de la ley 26.394

y que no podría restablecerse en función del principio de abolición progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos según la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Se priva de la vida a una persona dándole muerte, pero de igual modo se la priva de la vida sometiéndola a un aislamiento deteriorante hasta la muerte.*

Menos aún podría pensarse en justificar un equivalente de la pena de muerte insistiendo en su aspecto deteriorante, mediante el argumento de una prevención especial negativa por inocuización, porque tal objetivo contradice los fines de la pena establecidos en la Convención Americana y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y porque, como es claro, viola toda consideración elemental a la dignidad de la persona.

Si las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5º, 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y análogo art. 10, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro *inocuizante* de semejante institucionalización.

Descartada la pena de muerte, ningún orden jurídico puede reponerla no sólo expresamente sino tampoco por la vía de un equivalente, y tampoco puede establecerse pena alguna que tenga por finalidad la destrucción física y psíquica de la persona como pretendido efecto preventivo por *inocuización*.

No vienen al caso las discusiones europeas al respecto, pero en síntesis vale la pena recordar que todas coinciden en que la pena perpetua, *lebenslange* o *ergastolo* sólo es admisible si mantiene alguna posibilidad de liberación, justamente por considerarla en caso contrario un equivalente de la pena de muerte. Así lo consideró esta Corte cuando señaló que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional (Fallos: 329:2440).

La pena temporal de prisión de cincuenta años sería en el código vigente una pena más grave que la perpetua o eventualmente inferior en modo no significativo, y la posibilidad de liberación superaría en muchísimos casos las expectativas de vida de la persona y en todos los casos las de su vida laboral, de forma tal que caería en la inconstitucionalidad en que nunca cayó nuestra tradicional pena perpetua.

34) Normas posteriores a tomar en cuenta

Las discusiones planteadas en torno de las leyes antes consideradas (23.077, 25.892 y 25.928) no deben tratarse por separado de la legislación penal posterior, que ofrece base suficiente para reordenar de modo constitucional las disposiciones que introdujeron la incertidumbre que dio lugar a tan enojosas discusiones y a decisiones judiciales que ponen en riesgo de sanción internacional a la Nación.

Si bien el Estatuto de Roma había sido aprobado por la ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, con vigencia desde el 1° de julio de 2002, con posterioridad a la reforma del art. 55 del Código Penal se sancionó la ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma, promulgada el 5 de enero de 2007.

35) El método reconstructivo a partir de la ley base

El mandato constitucional de certeza rige tanto para la tarea legislativa abstracta como para la concreción judicial del derecho penal. El déficit de su observancia en la labor legislativa impone un esfuerzo compensatorio en el momento de la concreción judicial. Este imperativo obliga a una reconstrucción dogmática de las disposiciones legales.

La dogmática tiene por esencia una finalidad constructiva de sistemas de interpretación. En el caso de la inobservancia legislativa del mandato de certeza por incumplimiento de la técnica de codificación o por descodificación, se trata de una dogmática reconstructiva con que la ciencia jurídica y la jurisprudencia deben responder para devolver al derecho penal en el momento de la concreción judicial, al menos los más elementales grados de certeza de que se lo haya privado en el momento legislativo.

No es admisible que esta tarea se lleve a cabo apelando arbitrariamente a valoraciones personales o metalegales, sino que debe partir de los materiales que le ofrece la propia legislación.

A este respecto, debe distinguir dos niveles en la legislación:

(a) el de las normas superiores, con el orden de valoraciones –y consiguientes desvaloraciones– que imponen al legislador y a los jueces, en función de lo cual toda reconstrucción técnica debe orientarse presuponiendo el carácter personalista del derecho argentino, el respeto a la dignidad de la persona y los límites al poder estatal propios del estado constitucional de derecho;

(b) dentro de la legislación infraconstitucional, la dogmática jurídica debe distinguir las leyes que introducen reformas estructurales de las que sólo lo hacen en forma puntual, estableciendo de este modo una jerarquía de normas reformadoras.

En tanto que las leyes superiores (constitucionales) no admiten jerarquización de normas, pues esto sólo serviría de pretexto para su invalidación al estilo de las oscuras racionalizaciones de Schmitt para implosionar la Constitución de Weimar, justamente por imperio de la totalidad de las normas superiores en bloque se impone al intérprete de las normas infraconstitucionales que jerarquice éstas para encuadrarlas en conformidad con ese bloque constitucional.

Si bien siempre la construcción –y en este caso la reconstrucción– debe abarcar todas las disposiciones legales como conjunto, la ciencia jurídico-penal debe reconocer que hay reformas que repercuten con diversa intensidad sobre el conjunto, y entre ellas las hay que por su importancia son realmente *estructurantes* del conjunto.

Apelando a reiterada metáfora de la comparación del orden jurídico con el estanque, hay pedregullos que hacen muy pocas ondas y hay piedras enormes que conmueven todas las aguas del estanque e incluso expulsan aguas.

La magnitud de la reforma que introduce la ley 26.200 pertenece a esta última categoría, en forma tal que se impone la reconstrucción del sistema en base a la necesaria compatibilización de sus disposiciones con el conjunto en forma armónica y ordenada.

Ante una serie de disposiciones dispersas en diferentes leyes infraconstitucionales y que aparecen como contradictorias e inexplicables, para reconstruir el sistema es menester individualizar en un primer

paso la ley que por estructurante debe ser privilegiada como *ley ordenadora de base*.

Por *ley ordenadora de base* se entiende la que por su carácter *estructurante* respecto de la totalidad de la materia demanda incondicionalmente su *vigencia integral o total*, o sea, la ley cuyo texto debe ser respetado íntegramente, por lo cual exige la adecuación de todos los dogmas o elementos en que se puedan descomponer las restantes a su entera vigencia, o sea que, por su carácter de ley posterior soporta los elementos de las restantes sólo en la medida en que puedan introducirse en el sistema sin obstaculizar su *vigencia integral*.

Entre las normas posteriores a las leyes que introdujeron o dieron motivo a la lesión al mandato constitucional de certeza en el momento legislativo (23.077, 25.892 y 25.928), la ley 26.200 es la que debe considerarse como la ley ordenadora de base para la reconstrucción dogmática del sistema, por las siguientes razones: (a) tipifica los delitos de mayor contenido injusto de toda la legislación penal; (b) adecua las penas del Estatuto de Roma para los delitos más graves a las penas nacionales; (c) precisa el alcance de las penas máximas para esos delitos, modificando las indicadas en el Estatuto de Roma; (d) expresa con entera certeza la consecuencia penal que corresponde al máximo desvalor jurídico; (e) responde a la exigencia de un compromiso internacional asumido por la Nación; (f) por la formidable gravedad de las lesiones jurídicas que tipifica, debe ocupar el primer lugar en cualquier análisis sistemático de la parte especial, prioritario al que hasta 2007 ocupaban los delitos contra la vida desde el código de Tejedor; (g) no es admisible ninguna contradicción que subestime la magnitud del reproche correspondiente al enorme desvalor jurídico que expresa.

36) *La ley 26.200 tipifica los delitos más graves*

La ley 26.200 sanciona los más graves delitos contra la humanidad: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 5º del Estatuto) y los incorpora como tipos a la ley penal nacional en carácter de delitos (art. 2º de la ley 26.200). De este modo se introducen en nuestra legislación penal los delitos del Tratado de Roma, que sin duda son los más graves que a partir de su vigencia prevé nuestro ordenamiento, *toda vez que es inconcebible un contenido injusto mayor que el de un genocidio con masacre*.

Una primera precisión excluye la denominación de crímenes, lo que significa que mantiene la clasificación bipartita de infracciones penales, tradicional entre nosotros y que, por ende, impide toda posible interpretación que pretenda que se trata de un orden particular de delitos separados del resto de los tipificados en la legislación penal anterior.

El contenido injusto de estos delitos es de máxima gravedad, razón por la cual se acepta pacíficamente su imprescriptibilidad (art. 11 de la ley 26.200). Está universalmente admitido que es el contenido injusto de estos delitos lo que funda esa excepción a la regla general de prescriptibilidad.

37) Las penas más graves

Tampoco cabe duda acerca de que la ley 26.200 sanciona todos esos delitos con la pena de prisión (art. 7° de la ley 26.200). Al precisar que la reclusión del Estatuto de Roma debe entenderse como prisión, ratifica a ésta como pena única privativa de la libertad en la ley vigente, puesto que las penas para los delitos más graves contemplados por el ordenamiento jurídico merecen la pena más grave y expresamente señala para éstos la de prisión y excluye expresamente toda referencia a la reclusión.

Establece penas de prisión entre tres y veinticinco años para estos delitos. En caso de producir una o más muertes, impone como pena más grave la prisión perpetua.

La pena para cada uno de esos delitos, cuando no se diese el caso de prisión perpetua, se individualiza dentro de los límites legales de la propia ley conforme al art. 41 del Código Penal, sin referencia alguna a las escalas agravadas añadidas en los últimos años a ese dispositivo (art. 12 de la ley 26.200).

La pena perpetua prevista en el Estatuto de Roma para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional se adapta a las exigencias del derecho internacional de los Derechos Humanos, pues el art. 110 admite la posibilidad de liberación por vía de reducción de la pena, pasados veinticinco años de cumplimiento de ésta. Cabe presumir que la prisión perpetua que establece la ley 26.200 también cumple con el derecho internacional en razón de que admite igual posibilidad y, por ende, excluye toda introducción de un equivalente de la pena de muerte, de conformidad con las conclusiones del debate europeo.

38) *La adaptación de las penas del Estatuto*

Los delitos tipificados en el Estatuto de Roma, en caso de ser juzgados por la Corte Penal Internacional serán penados con penas de *reclusión hasta treinta años* o con *reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado* (art. 77 del Estatuto). La reducción de la pena, que importa un equivalente a la libertad condicional, está prevista en el art. 110 del Estatuto y procede su solicitud una vez transcurridas las dos terceras partes de la pena temporal y veinticinco años de cumplimiento de la perpetua. Esta medida señala un *parámetro universal máximo*, considerando que está limitada a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como son un genocidio de *extrema gravedad* y con *circunstancias personales* negativas del condenado.

La ley 26.200 incorpora estos tipos a la legislación penal interna y les asocia penas equivalentes: además de señalar que por *reclusión* debe entenderse *prisión*, no incorpora el máximo de treinta años del Estatuto a la prisión temporal, como sería el caso en que la pena temporal máxima interna fuese superior a ese tiempo, sino que lo reduce a veinticinco años. Esto importa que regresa al máximo tradicional de la especie de pena, conforme lo establecía la versión original del art. 55.

Si bien reduce la pena de treinta años a veinticinco cuando es temporal, también extiende el ámbito de aplicación de la pena perpetua, pues no la limita a los casos de extremísima y excepcional gravedad señalados en el art. 77 del Estatuto, sino que la aplica a cualquier caso cuando mediaren una o más muertes.

Sería contrario a toda lógica suponer que, por un lado, reduzca en cinco años la pena temporal prevista en el Estatuto, y que al mismo tiempo extienda la perpetua a casos de gravedad no tan excepcional como los previstos en el Estatuto, pero haga que ésta sea más grave que la prevista por el Estatuto para tan excepcionalísima gravedad. Lo razonable es entender que impone una pena perpetua que, o bien regresa al tiempo de cumplimiento necesario para solicitar la libertad condicional tradicional del código, o bien recepta los veinticinco años previstos en el Estatuto. Aunque no existe razón para pensar lo último, es una hipótesis de interpretación admisible.

En cualquier caso, sea que la ley 26.200 vuelva al art. 13 en versión original o que recepte los veinticinco años del Estatuto de Roma, de

todos modos desaparecen las contradicciones con las escalas reducidas de la tentativa y la complicidad secundaria.

39) *Contradicciones lesivas de la racionalidad republicana*

Dado que la compatibilización de la ley 26.200 con el resto del orden jurídico-penal como consecuencia de su carácter de reforma sustancial de éste (*ley ordenadora de base*) exige su reconstrucción científica sistemática, no es dable admitir contradicciones valorativas (o desvalorativas traducidas en penas) en el futuro.

No puede admitirse que después de la sanción de la ley que establece la pena del genocidio con masacre —entre otros delitos de extremo contenido injusto— se siga considerando que veinticinco hurtos simples pueden alcanzar una pena que sea más grave o casi igual que la pena perpetua conminada para este delito; o que saquear una ciudad tenga una pena máxima de veinticinco años, o sea, inferior al máximo de la de dos robos con armas; que la tentativa de desplazamiento forzado masivo de población sea menos grave que tres robos a mano armada; que la práctica de la esclavitud sea menos grave que la reducción a servidumbre de dos personas; que el atentado de un militar contra el orden constitucional sea más grave que si matase a cien mil personas para extinguir una etnia o que si bombardease a miles de civiles indefensos; etc.

Si bien la racionalidad del legislador histórico ha sido criticada como *ficción*, sin duda que no lo es la exigencia de que la jurisprudencia interprete racionalmente la legislación que éste produce, a efectos de no caer en la incoherencia y el desprestigio del derecho y de la misma República.

Si se impusiesen penas más benignas o equivalentes a actos de destrucción masiva o a afectación masiva de bienes jurídicos, que a los actos de lesión o peligro individual, el Estado estaría manifestando un verdadero menosprecio por los delitos del derecho internacional, lo que nunca ha estado en la intención del legislador histórico y lo que, por otra parte, sería incompatible con el derecho internacional con el que la Nación se ha obligado.

40) *La ley 26.200 no es una cláusula residual por especialidad*

La primera parte del art. 12 de la ley 26.200 (*La pena aplicable a los delitos previstos en los artículos 8º, 9º y 10 de la presente ley,*

en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiere corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación) no puede entenderse en el sentido de que salva esta posible contradicción, por las siguientes razones: (a) No tendría sentido incorporar como delitos hechos que ya están tipificados en el Código Penal, como son la mayoría de los previstos (un genocidio con masacre es también un concurso real de homicidios); (b) quedarían fuera de la previsión los delitos tipificados en leyes penales especiales, pues sólo hace referencia al Código Penal, lo que carecería de explicación racional; (c) reduciría todas las tipificaciones incorporadas a cláusulas residuales (*siempre que no constituyan un delito más gravemente penado*) excluidas en función de concurrencia aparente por especialidad, lo que así hubiese podido expresar mucho más brevemente el legislador de haber sido su intención en caso de adoptar semejante técnica legislativa; (d) establecería una diferencia enorme e injustificada entre las penas para los tipos del Código Penal y los del Estatuto de Roma no tipificados previamente, que pasarían a ser delitos *privilegiados*; (e) incurriría en penas lesivas del derecho internacional de los Derechos Humanos para los crímenes de lesa humanidad, como un equivalente de la pena de muerte, lo que haría palmaria la contradicción entre la incorporación que tiene por objetivo la adaptación al derecho internacional y la violación de éste; (f) por último, no haría más que agregar otro capítulo incoherente al largo proceso de descodificación, profundizando el incumplimiento legislativo del mandato constitucional de certeza, lo que nunca debe presumirse como voluntad legislativa.

41) *El correcto entendimiento del art. 12 de la ley 26.200*

En consecuencia, el correcto entendimiento de la disposición del art. 12 de la ley 26.200 no puede ser otro que el de su operatividad entre las penas previstas en la misma ley, o sea, prisión temporal y perpetua, esto es: si un delito tiene prevista prisión perpetua en el Código Penal y pena temporal hasta veinticinco años en la ley 26.200, deberá imponerse la pena de prisión perpetua.

Por otra parte, esto resulta completamente razonable, por un lado deja a salvo la soberanía del legislador argentino para imponer penas más graves, al tiempo que opera como cláusula de seguridad para evitar la aberración de que la tipificación internacional pueda resultar en algún caso particular un privilegio atenuante.

42) *Se entiende por máximo lo que es insuperable*

La conclusión resultante de una sana interpretación de la ley 26.200 es que si con ésta se introducen en nuestra legislación penal los delitos más graves que prevé nuestro ordenamiento, *toda vez que es inconcebible un contenido injusto mayor que el de un genocidio con masacre o similares*, las escalas penales para estos delitos no pueden ser superadas por las de ningún otro.

Cuando se ha alcanzado el máximo de contenido injusto y éste se ha expresado en penas, no es concebible una pena mayor, pues no existe ningún delito de contenido injusto mayor: *no es posible superar lo insuperable*.

Pretender que existe un delito con mayor contenido injusto que el genocidio sólo se podría argumentar previa admisión de que hay bienes jurídicos de mayor entidad que la vida humana masivamente considerada, o sea, que hay algún bien jurídico más valioso que la vida de millones de personas. Esta posibilidad sólo es factible en contextos ideológicos más o menos míticos y transpersonales, de triste y letales consecuencias, por completo ajenos a la esencia personalista de nuestro mandato constitucional y al derecho internacional vigente al que la Nación se ha obligado.

Nada hace suponer que nuestro legislador responda a semejantes contextos, sino que siempre los jueces deben presumir que se mantiene dentro del marco jurídico constitucional e internacional.

43) *No cabe plantear ninguna inconstitucionalidad*

Dada la necesidad de obedecer al mandato constitucional de certeza en el momento de concretar el derecho penal por parte del magisterio penal, reconstruyendo por vía dogmática el sistema a efectos de precisar el elemental dato acerca del máximo de las penas privativas de la libertad y compatibilizar éste con los señalados para los delitos con el máximo de contenido injusto previstos en la ley vigente, no cabe considerar la inconstitucionalidad de las disposiciones de las leyes 23.077, 25.892 y 25.928, sino entender que la ley 26.200 introdujo una reforma estructural en nuestra legislación penal y con ella restableció, mediante la fijación de las penas para los delitos con el máximo de ilicitud concebible –y en particular para el genocidio–, las escalas tradicionales del Código Penal.

Cualquiera haya sido la interpretación de la ley 23.077 antes de la sanción de la ley 26.200, queda claro que la prisión temporal no puede ser en la legislación vigente más grave o casi igualmente grave que la prisión perpetua, pues esto importaría considerar que los poderes públicos argentinos son un bien jurídico de mayor o igual valor que la vida de las masas humanas y que, por ende, la rebelión es tan o más grave que el genocidio.

Cualquiera haya sido la interpretación y discusión en torno del art. 55 del Código Penal en la versión de la ley 25.928, o las contradicciones generadas por la prolongación del plazo para el pedido de libertad condicional de la ley 25.892, después de la ley 26.200 cabe entender que el límite de esas disposiciones ha vuelto a ser el de veinticinco años y de veinte años respectivamente, pues lo contrario importaría admitir que la pluralidad de cualquier delito es más grave o tan grave para la ley argentina que la destrucción de millones de vidas humanas.

El marco de aplicación racional de la ley 26.200 es el tradicional del Código Penal, porque: (a) no admite la pena de prisión de treinta años del Estatuto; (b) extiende la prisión perpetua a cualquiera de los tipos de delitos contra la humanidad del Estatuto siempre que hubiera uno o más muertes; (c) lo hace para supuestos de gravedad menor que la excepcionalísima prevista en el Estatuto; (d) cabe suponer que no puede receptor para estos últimos una prisión perpetua más grave que la prevista en el Estatuto; (e) corresponde entender que vuelve a la redacción original del art. 13 del Código Penal, aunque no cabría descartar el plazo del Estatuto como interpretación viable.

Por todo ello es clara su incompatibilidad con las disposiciones de las leyes 23.077 en la forma en que fue interpretada, con el plazo de la 25.892 del art. 13 del Código Penal y con la pena de hasta cincuenta años de la ley 25.928 para el concurso real.

44) La ley 26.200 es derogatoria y se aplica por el principio de retroactividad de la ley más benigna

En síntesis:

(a) La ley 23.077 introdujo disposiciones que hicieron dudoso el límite de veinticinco años de máximo de prisión temporal del art. 55 del Código Penal, lo que dio motivo a sentencias que entendieron que

ese límite se elevaba a treinta y siete años y medio o incluso a cincuenta años.

(b) La ley 25.892 elevó el tiempo de prisión para habilitar la libertad condicional en caso de prisión perpetua del art. 13 del Código Penal a treinta y cinco años, aunque mantuvo las escalas reducidas de la tentativa y de la participación (arts. 44 y 46 del Código Penal) con un máximo de quince años.

(c) La ley 25.928 elevó a cincuenta años el máximo de la pena del concurso real del art. 55 del Código Penal.

(d) Por último, la ley 26.200 introdujo una reforma estructural en la legislación penal, tipificando el capítulo de los delitos más graves que encabezan la reconstrucción de la actual parte especial, con penas máximas incompatibles con la interpretación agravante de la ley 23.077 y con las disposiciones reformadoras de las leyes 25.892 y 25.928.

(e) Dado el carácter estructural de la reforma introducida en la ley 26.200, el mandato constitucional de certeza jurídica general (y en especial para la ley penal) y el orden de valores y consiguientes reproches por su lesión que emanan de la Constitución Nacional y del derecho internacional incorporado y no incorporado a ésta, se impone considerar que la ley 26.200 opera como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella.

(f) Corresponde, por ende, en función del principio constitucional de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 9º *in fine* de la Convención Americana de Derechos Humanos), la aplicación de la ley 26.200 a los hechos cometidos antes de su vigencia.

45) *La decisión en el presente caso: error en la unificación*

En consecuencia y en el presente caso no es necesario declarar la inconstitucionalidad de ninguna disposición legal, sino aplicar la legislación vigente, en que prevalecen las penas establecidas en la reforma estructural de la ley 26.200 en su carácter de *ley ordenadora de base*, por tratarse de la ley más benigna. Por ende, *prima facie* pareciera no hallarse ajustada a derecho la pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión impuesta a Estévez.

No obstante, cabe observar que en el caso no se trata de un supuesto de única condenación, sino de unificación de penas, pues el tribunal

ha condenado por el segundo hecho (en 2003) y unificado la pena de éste con la de un primer hecho, cometido con anterioridad al juzgado y por el que Estévez había sido condenado en 1995, había cumplido más de los dos tercios de la pena y se encontraba en libertad condicional. El tribunal procedió a la unificación por suma aritmética de ambas penas totales.

El criterio para proceder por suma aritmética no es objetable constitucionalmente y es privativo del tribunal conforme a las pautas del art. 41 del Código Penal con las limitaciones señaladas al comienzo y que no se presentan en el caso, dada la gravedad de los delitos y de las penas.

Descartada esta objeción, no puede menos que observarse que la suma aritmética realizada en el caso adolece de un defecto técnico: tratándose de unificación de penas, no es admisible que se unifique la totalidad de la pena impuesta por el primer delito con la que le impone el tribunal por el segundo, sino sólo lo que resta cumplir de la primera con la segunda, puesto que no se puede reformar lo pasado y porque la parte de pena que se ha cumplido ha sido cancelada en el marco de completa e inobjetable legalidad.

En caso de condena única o unificación de condenas, el juez que pronuncia la última condenación unifica todas e impone una única pena en consecuencia, para lo cual tiene un margen amplísimo de valoración y lo único que no puede revisar es la declaración de los hechos y la calificación legal de éstos.

Por el contrario, en caso de unificación de penas, no hay una única condena, sino que se impone una única pena, que no puede comprender la parte que se ha cumplido, porque es un imperativo óntico la imposibilidad de disponer para el pasado y, por lógica, tampoco tiene un margen tan amplio como en el caso de pronunciamiento de una única condena, puesto que no puede unificar en una pena menor que el resto de la que debe cumplir el condenado, porque de lo contrario un nuevo delito podría operar como revisión de una pena legalmente impuesta y parcialmente cumplida.

Por ello, en la unificación de penas lo que debe unificarse es lo que resta cumplir de la primera pena con la que se le impone por el segundo delito o condenación.

Esta unificación de penas evita también la eventual paradoja de que frente a la próxima extinción de una pena temporal máxima, no pueda imponerse pena alguna por los demás delitos que el sujeto cometa y que estén conminados con penas temporales, lo que sería contrario a la razón.

En consecuencia, la pena única impuesta a Estévez, incluso con criterio de suma aritmética, no sería de treinta y cuatro años y medio, pues llevándose a cabo la unificación de lo que restaba cumplir a Estevez de su primera pena con la segunda que le impone el tribunal, resultará en verdad una pena única sensiblemente menor a treinta y cuatro años y seis meses, que corresponderá verificar que no exceda de los veinticinco años restablecidos por la ley 26.200 en 2007.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme al señalado criterio para la unificación de penas, que no podrá exceder del máximo de veinticinco años repuesto por la ley 26.200.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por la **Defensora Pública Oficial, Dra. Laura Beatriz Pollastri**, en representación de **Cristian Andrés o Cristian Daniel Estévez**.
Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 de Capital Federal**.

HUGO METZGER Y OTRO c/ JOSE MARIO GOMEZ Y OTRO

EMERGENCIA ECONOMICA.

No obstan a la aplicación del precedente “Rinaldi” (Fallos: 330:855) las críticas atinentes a que el mutuo en litigio se encontraba excluido de las disposiciones de las leyes 25.798 y 26.167 por no cumplir con la fecha de mora, si de las actuaciones principales no cabe admitir que los pagos efectuados en pesos a valor nominal con posterioridad a enero de 2002, aceptados “a cuenta” por los acreedores, resultaran suficientes para cancelar las cuotas respectivas y purgar el incumplimiento en que incurrieron los deudores.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la demandada en la causa ‘Metzger, Hugo y otro c/ Gómez, José Mario y otro’ y por Elizabeth Dávalos Zuazo y José Mario Gómez en la causa M.1266.XLIV ‘Metzger, Hugo Alberto c/ Gómez, José Mario’”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó la decisión de primera instancia que había rechazado los agravios vinculados con los requisitos de elegibilidad del mutuo y había declarado la inconstitucionalidad de la ley 25.798, los deudores dedujeron recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja M.1662.XLII.

2º) Que en razón de que se encontraban pendientes de tramitación los recursos de apelación interpuestos respecto de la sentencia de grado que, no obstante declarar inaplicables las normas sobre pesificación, había dispuesto que la deuda se cancelara según las pautas del esfuerzo compartido (50%), más un interés del 7% anual por todo concepto, esta Corte dispuso diferir el tratamiento de la mencionada queja hasta tanto se resolviera dicha cuestión en forma definitiva (fs. 137 de la queja).

3º) Que vueltas las actuaciones a la instancia ordinaria, la alzada resolvió tanto los planteos atinentes a la aplicación de dichas leyes, como los referentes a la ley 26.167. En tales condiciones, declaró aplicables las normas de emergencia económica y confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto al modo en que debía reajustarse el capital adeudado. También confirmó el fallo de primera instancia que había declarado inaplicable la citada ley 26.167 por haberse resuelto la inaplicabilidad de la ley 25.798 (fs. 346/347 de las actuaciones principales).

Contra dicha decisión los deudores dedujeron recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja M.1266.XLIV.

4°) Que las cuestiones planteadas vinculadas con la aplicación e interpretación de las normas sobre emergencia económica y refinanciación hipotecaria, resultan sustancialmente análogas, en lo pertinente, a las decididas por el Tribunal en la causa “Rinaldi” (Fallos: 330:855), a cuyas consideraciones cabe remitir por razón de brevedad.

El juez Petracchi se remite a su voto en la causa “Lado Domínguez” (Fallos: 330:2795).

5°) Que no obstan a dicha solución las críticas atinentes a que el mutuo en litigio se encuentra excluido de las disposiciones de las leyes 25.798 y 26.167 por no cumplir con la fecha de mora, pues atento a las constancias de autos y particularmente a los términos de los recibos obrantes a fs. 69/75 de las actuaciones principales, no cabe admitir que los pagos efectuados en pesos a valor nominal con posterioridad a enero de 2002, aceptados “a cuenta” por los acreedores, resultaran suficientes para cancelar las cuotas respectivas y purgar el incumplimiento en que incurrieron los deudores (conf. arg. causa M.1191.XLIV “Morales, Mirta del Carmen y otro c/ Radivoj, Teresa del Carmen y otra”, sentencia del 5 de mayo de 2009).

6°) Que, por otra parte, además de que el agente fiduciario declaró elegible el mutuo y se firmó el contrato respectivo, los ejecutantes consintieron la sentencia de primera instancia que, no obstante declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.798, desestimó planteos similares relacionados con su aplicación por entender que era dicho ente el encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, planteos que no fueron mantenidos al contestar los agravios del deudor contra dicho fallo (fs. 156/159; 160; 161; 162; 163; 165 y 178/182 de las actuaciones principales).

Por ello, resultando inoficioso que dictamine el señor Procurador General, se declaran procedentes las quejas, formalmente admisibles los recursos extraordinarios deducidos por los ejecutados y, con el alcance indicado, se revocan los fallos apelados en lo que respecta al modo en que debe calcularse el monto por el que progresa la ejecución y en cuanto declaran la inaplicabilidad de la ley 26.167 y la inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria previsto por las leyes 25.798 y 25.908.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado atento a la forma en que se decide y a la naturaleza de las cuestiones propuestas.

Notifíquese, agréguese las quejas al principal, reintégrese el depósito de fs. 1 de la queja M.1622.XLII y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se cumpla con el trámite previsto por la ley 26.167.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

MARIANO EZEQUIEL NIEVAS Y OTROS

CONDENA.

Corresponde desestimar la queja si los magistrados del superior tribunal provincial hicieron un adecuado tratamiento de la cuestión relativa a la calificación de los hechos a tal punto que, no sólo recogieron sucintamente de la sentencia de condena los fundamentos que a su juicio resultaban acertados, sino que a su vez realizaron un desarrollo argumental con base en doctrina y jurisprudencia que estimaron pertinente para su análisis y resolución, concluyendo que resultaba acertado el encuadre legal de los sucesos en la figura del art. 165 del Código Penal de la Nación, sin perjuicio de la tesis que aplicaron respecto de la agravante por la utilización de armas de fuego.

—La Dra. Carmen M. Argibay consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)—.

CONDENA.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia en lo referido a la reducción de la pena si, más allá del error aritmético que patentiza, lo cierto es que el quantum fijado por el *a quo* importa una evidente contradicción que priva de adecuado sustento al fallo ya que si la disminución debía equivaler al aumento resultante de la agravante del art. 41 bis del Código Penal, la condena tuvo que reducirse teniendo en cuenta que dicho plus obedeció a los atenuantes ponderados y no por la concurrencia de la agravante (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara en lo Penal y Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis, condenó a Branco Nataniel Olguín Ojeda, a Mariano Ezequiel Nieves y a Francisco Giacomazzi como coautores del delito previsto en el artículo 165, agravado por lo dispuesto en el artículo 41 bis, ambos del Código Penal, y le impuso al primero la pena de catorce años prisión, mientras que a los restantes la de dieciséis años de la misma especie (fs. 21/37).

El Superior Tribunal de Justicia, con motivo del recurso interpuesto por la defensa de Olguín Ojeda, resolvió casar parcialmente la sentencia al considerar que no resultaba de aplicación al caso aquella agravante y, en consecuencia, redujo las sanciones oportunamente impuestas (fs. 85/89).

Contra ese pronunciamiento, aquella misma asistencia técnica interpuso la apelación extraordinaria federal que, al ser denegada a fojas 100/101, motivó esta queja.

– II –

En su presentación de fojas 90/99, el recurrente reiteró sucintamente las críticas que realizó ante el *a quo* respecto del grado de participación y la consecuente calificación legal que le fue atribuida a su asistido.

Por otra parte, tachó de irrazonable la disminución de pena que decidió el Superior Tribunal luego de casar la sentencia y dejar sin efecto la agravante prevista en el artículo 41 bis del Código Penal.

– III –

Advierto que el primero esos agravios no trasunta de meras discrepancias en relación con el alcance de normas de derecho común y

procesal, y con la valoración de circunstancias de hecho y prueba (Fallos: 302:246; 308:1118; 313:840; 323:3229 y 326:3939), cuya apreciación constituye, en principio, facultad propia de los jueces de la causa y ajena, por ende, a esta instancia de excepción (Fallos: 300:390; 303:135; 307:855; 308:718; 311:1950; 312:809; 313:525, entre otros).

No desconozco que V.E. tiene resuelto que, ante las particularidades que presentan determinados casos, es posible hacer excepción a aquella regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ella se procura asegurar las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, exigiendo que las sentencias constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 315:29; 319:2959 y 321:1909).

Sin embargo, estimo que no es ésa la circunstancia que se configura en el *sub exámine* pues, a mi modo de ver, la decisión impugnada contiene fundamentos suficientes con base en las constancias del expediente y en las normas que consideró aplicables, que no fueron debidamente refutados y que, por opinables que resulten, no autorizan su descalificación como acto jurisdiccional.

– IV –

Entiendo que ello es así pues, los magistrados del Superior Tribunal han hecho un adecuado tratamiento de la cuestión relativa a la calificación de los hechos a tal punto que, no sólo recogieron sucintamente de la sentencia de condena los fundamentos que a su juicio resultaban acertados, sino que a su vez realizaron un desarrollo argumental con base en doctrina y jurisprudencia que estimaron pertinente para su análisis y resolución. De ese modo concluyeron que resultaba acertado el encuadre legal de los sucesos en la figura del artículo 165 del Código Penal de la Nación, sin perjuicio de la tesis que aplicaron respecto de la agravante por la utilización de armas de fuego (vid. punto 5 de la resolución de fs. 85/89.).

Por el contrario, advierto que fue el apelante quien omitió rebatir adecuadamente esas conclusiones, pues sus argumentos sólo aparecen como una reiteración de los expuestos al impugnar el fallo condenatorio, sin que se pueda apreciar alguno distinto que se dirija a cuestionar las consideraciones del *a quo* al tratarlos, lo que torna improcedente el recurso extraordinario (Fallos: 312:389; 325:1905 y 326:1323).

Cabe recordar, que la debida fundamentación del remedio federal, exige una crítica concreta, prolija y circunstanciada de las razones en que se apoya el fallo apelado, tendiente a demostrar su procedencia (Fallos: 302:517; 304:331; 311:133).

– V –

Respecto de la queja relativa al monto en que resultó reducida la sanción impuesta a Olguín Ojeda con motivo del cambio de calificación dispuesto por el *a quo*, aprecio que tampoco se ha dado cumplimiento al requisito del artículo 15 de la ley 48, pues no basta para ello con sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en el fallo, más allá de su acierto o error (Fallos: 303:109; 304:1048; 311:1133; 312:1716 y 319:123, entre muchos otros).

Esa deficiencia adquiere más relevancia aún, si se repara en que la tesis en la que intenta apoyar su razonamiento la defensa, resulta inviable en el caso, pues conduce a la aplicación de una pena que se encuentra fuera de los límites legales previstos para el delito motivo de condena.

Concretamente la reducción de cuatro años y seis meses que propone a fojas 94 vta. sobre la base de un criterio dogmático y fragmentario, sustentado sólo en la aritmética y no en la pluricausalidad que justifica la imposición y la finalidad de la pena –aspectos que son tenidos en cuenta tanto en su determinación legal como judicial– implicaría, en el *sub lite*, quebrar el umbral mínimo de los diez años del artículo 165 del Código Penal.

En definitiva, ese criterio y la sola mención, sin vincularla a las circunstancias concretas de la causa, de que la disminución “no fue razonable”, o que resultaba “desmedida y excesiva” la pena impuesta, no resulta idónea para la apertura de esta vía excepcional, cuyo objeto no es convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria en cuestiones como la debatida que, en principio, constituye una facultad propia de los jueces de la causa (Fallos: 314:458 y 321:2637, entre otros).

– VI –

En tales condiciones, opino que V.E. debe desestimar la presente queja. Buenos Aires, 11 de febrero de 2009. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Mariano Ezequiel Nievas en la causa Nievas, Mariano Ezequiel y otros s/ homicidio s/ causa N° 01/06”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expresados en los puntos III y IV del dictamen del señor Procurador Fiscal a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Que en punto al agravio relativo al monto en que resultó reducida la sanción impuesta al imputado Branco Nataniel Olguín Ojeda el recurso interpuesto no satisface el requisito del artículo 15, de la ley 48, en cuanto carece de fundamentación suficiente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímase a la parte recurrente a que dentro del quinto día efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que la Cámara en lo Penal y Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis condenó —en lo que aquí interesa— a Branco Nataniel Olguín Ojeda a la pena de catorce (14) años de prisión como coautor del delito de robo calificado por el homicidio resultante y el empleo de armas de fuego (arts. 165 y 41 bis del Código Penal).

Contra este pronunciamiento, la defensa interpuso recurso de casación que el superior tribunal de justicia local admitió y en virtud de ello revocó parcialmente la sentencia impugnada por errónea aplicación de la ley sustantiva en referencia a la circunstancia agravante contenida en el art. 41 bis del Código Penal, por resultar inaplicable al caso. En consecuencia, condenó a Olguín Ojeda a la pena de trece (13) años y (6) seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo (arts. 45 y 165 del Código Penal).

Frente a esta decisión de la Corte provincial, la defensa dedujo recurso extraordinario, cuya desestimación, originó la presente queja.

2º) Que el recurrente denunció la arbitrariedad de la sentencia y la afectación de la defensa en juicio y el principio de legalidad. Argumentó que el *a quo* no había revisado los hechos conforme a las pautas fijadas por la Corte a partir del fallo “Casal” (Fallos: 328:3399) limitándose, por el contrario, a revisar sólo la calificación legal asignada al suceso.

Además, cuestionó por irracional la disminución de la pena, pues si se había descartado la aplicación de la agravante contenida en el art. 41 bis del Código Penal, aquella debió ser mayor a seis (6) meses.

3°) Que en cuanto al primero de los agravios, esta Corte comparte y hace suyos los términos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal expuestos en los apartados III y IV, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

4°) Que en lo referido a la reducción de la pena, si bien por vía de principio es doctrina establecida por el Tribunal que lo atinente a su individualización constituye facultad de los jueces de la causa (Fallos: 306:1669, entre otros), cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:948, 2314, 2402; 320:1463, entre otros).

5°) Que en efecto, los jueces del superior tribunal de provincia descartaron –como se vio– la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal, redujeron en seis (6) meses la pena fijada por la cámara de juicio y, en definitiva, establecieron la sanción para el recurrente en trece (13) años y seis (6) meses de prisión. Para ello argumentaron que la disminución debía ser semejante al aumento que en orden a dicha calificante habían determinado los sentenciantes.

6°) Que sin embargo, surge del fallo de primera instancia que para individualizar la pena de Oluín Ojeda en catorce (14) años de prisión, la cámara partió del mínimo de diez (10) años previsto para la figura básica de la imputación (art. 165 del Código Penal), que elevó a trece (13) años y cuatro (4) meses por aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis Código Penal y finalmente agregó seis (6) meses en función de los atenuantes comprobados (falta de antecedentes, el reconocimiento del injusto y la edad al momento de comisión del hecho).

7°) Que más allá del error aritmético que patentiza lo reseñado, lo cierto es que el *quantum* de pena fijado por el *a quo* importa una evidente contradicción que priva de adecuado sustento al fallo recurrido (Fallos: 274:409; 281:174). Es que, de acuerdo a lo afirmado por el *a quo*, si la disminución debía equivaler al aumento resultante de

la agravante del art. 41 bis del Código Penal, la condena tuvo que reducirse por lo menos en tres (3) años y cuatro (4) meses, en vez de seis (6) meses, teniendo en cuenta que dicho plus obedeció a los atenuantes ponderados y no por la concurrencia de dicha agravante.

8º) Que en consecuencia, la tesis con arreglo a la cual son revisables en la instancia extraordinaria las sentencias sin otro fundamento que la voluntad de los jueces, autoriza el conocimiento del Tribunal en los supuestos en que las razones aducidas por el fallo en recurso se impugnan, con visos de verdad, por carentes de razonabilidad, todo lo cual pone de manifiesto la relación directa e inmediata entre lo resuelto y la garantía constitucional que se dice vulnerada (Fallos: 319:1577; 321:2375).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y cúmplase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurrente: **Salvador Hugo Scarso, abogado defensor de Branco Nataniel Ojeda.**

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de San Luis.**

Tribunales que intervinieron anteriormente: **Cámara en lo Penal y Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis.**

PROVINCIA DEL NEUQUEN c/ ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE
DESARROLLO SOCIAL – INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS)

TERCEROS.

Corresponde admitir la intervención de la Confederación Indígena Neuquina en los términos de los arts. 90, inc. 1º y 91, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el propósito de que se rechace la demanda interpuesta y se declare la inconstitucionalidad del decreto 1184/2002 de la Provincia del Neuquén, si el planteo se subsume en el supuesto de intervención voluntaria

previsto en la primera norma citada, que permite aceptar la participación de un tercero en el proceso sobre la base del interés que puede tener en la causa, reconociéndose así la intervención coadyuvante de quien aspira a impedir –mediante su colaboración en la gestión procesal de alguna de las partes originarias– un fallo que pueda obstaculizar el ejercicio práctico del derecho en virtud del cual se presenta, o que de alguna manera hará sentir su eficacia refleja en la esfera en la que actúa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 238/245 se presenta la Confederación Indígena Neuquina y solicita que se admita su intervención en estas actuaciones de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el propósito de que se rechace la demanda interpuesta y se declare la inconstitucionalidad del decreto 1184/2002 de la Provincia del Neuquén. Por su parte la actora se opone al pedido por las diversas razones que expone a fs. 339/340.

2º) Que el planteo en examen se subsume en el supuesto de intervención voluntaria previsto en el inciso 1º del citado artículo 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual permite aceptar la participación de un tercero en el proceso sobre la base del interés que puede tener en la causa. Si bien esta categoría de terceros no serán perjudicados en forma directa por la sentencia que se pronuncie con relación a quienes son parte en el expediente, pueden sufrir consecuencias indirectas en virtud de la posición o de las relaciones jurídicas de las que son titulares (Fallos: 326:1276).

Por tal razón cabe reconocer la intervención coadyuvante de quien aspira a impedir –mediante su colaboración en la gestión procesal de alguna de las partes originarias– un fallo que pueda obstaculizar el ejercicio práctico del derecho en virtud del cual se presenta, o que de alguna manera hará sentir su eficacia refleja en la esfera en la que

actúa (conf. causa C.354.XXV “Cadopi, Carlos Humberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, pronunciamiento del 13 de junio de 1995).

3º) Que esa situación se configura en la especie porque el pronunciamiento que se dicte tendrá consecuencias en el ámbito en el que interviene la Confederación Indígena Neuquina. En efecto, se trata de una asociación civil que congrega a las agrupaciones indígenas y a los grupos tribales aborígenes de la Provincia del Neuquén (conf. fs. 227), y el objeto mediato de la pretensión de autos consiste en que se anulen o se dejen sin efecto las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas que le han reconocido personería jurídica a las comunidades mapuches Lof Gelay Ko, Lof Lonko Purran, Lefiman, Lof Wiñoy Tayin Raquizuam, Lof Maripil y Wiñoy Folil, como así también la declaración de certeza en cuanto a las respectivas facultades y atribuciones del Estado Nacional y las provincias en el reconocimiento, reglamentación, tramitación y otorgamiento de la personería jurídica a las comunidades indígenas (conf. apartado II del escrito de inicio de fs. 122/134).

Por ello, se resuelve: I. Rechazar la oposición formulada a 339/340 y, por consiguiente, admitir la intervención de la Confederación Indígena Neuquina en la causa en los términos de los artículos 90, inciso 1º y 91, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con costas (artículos 68 y 69, del citado ordenamiento). II. Tener por contestadas las citaciones dispuestas a fs. 211, punto II, a través de la presentación de fs. 257, y en mérito a la adhesión allí efectuada, correr traslado a las partes de la prueba documental ofrecida a fs. 238/245, punto VII (con excepción de las actuaciones judiciales que se detallan en el último apartado), como así también del planteo de inconstitucionalidad del decreto provincial 1184/02, incorporado en el capítulo VI. Notifíquese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Actora: **Provincia del Neuquén**, representada por los Dres. **Raún M. Gaitán y Edgardo O. Scotti**.

Demandada: **Estado Nacional, Ministerio de Desarrollo Social – Instituto Nacional de Asuntos Indígenas**, representado por el **Dr. Jorge Alberto Vilariño**.

Terceros citados: **Comunidades indígenas Lof Gelay Ko, Lof Lonko Purran, Lefiman, Lof Wiñoy Tayin Raquizuam, Lof Maripil y Wiñoy Folil**, representadas por el **Dr. Juan Manuel Salgado**.

Tercero que pretende intervenir: **Confederación Indígena Neuquina**, representada por el **Dr. Juan Manuel Salgado**.

VANESA MARICEL LOPEZ; FELIX ADRIAN OLIE

EXTRADICION.

Corresponde confirmar la resolución que hizo lugar al pedido de extradición si el agravio fundado en la ausencia de prueba que sustente el pedido es mera reiteración del que fuera ventilado en el debate y considerado por el *a quo* de forma ajustada a derecho, la existencia de hijo/s menor/es no está contemplada como causal que impida la extradición de su/s progenitor/es ni en el tratado de extradición aprobado por la ley 25.304 ni en la ley de Cooperación Penal Internacional 24.767 y la recurrente no se hizo cargo de lo ya actuado por el juez interviniente para garantizar el derecho a ser oído de las menores (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

EXTRADICION.

No sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del “interés superior del niño”, por lo que cada una de las autoridades a las que compete intervenir en lo que resta del procedimiento de extradición, en las sucesivas decisiones y medidas que adopte, deberá estudiar, en la oportunidad y bajo la modalidad que mejor se ajuste a las particularidades del caso y en forma sistemática, cómo los derechos y los intereses de las hijas de la requerida pueden verse afectados, recurriendo a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que, sobre la integridad de la/s menor/es pudiera, a todo evento generar la concesión de la extradición de su progenitora.

EXTRADICION.

No puede desacreditarse la decisión que hizo lugar a la extradición y tuvo en consideración las constancias oportunamente acompañadas al pedido formal, que son las exigidas por el Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay, ya que la demanda de haber omitido acompañar elementos probatorios suficientes y sólidos que justifiquen la extradición no se encuentra entre las exigencias enumeradas en dicho tratado, de forma que al no ser un requisitos convencional, mal puede intentarse que su falta ocasione el rechazo del extrañamiento (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín, que concedió la extradición de Vanesa Maricel López y Félix Adrián Olié –concubinos– requerida por las autoridades de la República Oriental del Uruguay, la defensa de López interpuso recurso ordinario de apelación, concedido a fojas 163.

A fojas 181/183 presentó el memorial del que V.E. me corre vista, donde plantea los siguientes agravios: 1. que realizar la entrega reclamada implicaría un perjuicio a las hijas, menores de edad, de la requerida; 2. que se suspenda el trámite del recurso ordinario de apelación a fin de que se les de intervención a las menores en el proceso judicial y, a su vez, se efectúe un informe socio ambiental; 3. que el juicio de extradición es nulo por cuanto no se dio cumplimiento a lo previsto por la acordada 40/97 de la Cámara Federal de Apelaciones de la jurisdicción; 4. que la resolución que ordena el extrañamiento es arbitraria, por cuanto carece de sustento, ya que el estado requirente omitió enviar elementos probatorios que justifiquen la extradición.

– II –

Sostiene la defensa que de realizarse la entrega solicitada se afectaría, directamente, a las cuatro hijas menores de edad de la requerida, contrariando la Convención sobre los Derechos del Niño que vela por el “interés superior del niño”.

Ese pacto internacional establece, en lo atinente, que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1).

Sin embargo, de lo mencionado no puede inferirse, como lo hace la recurrente, que la separación de padres e hijos sea contraria a los valores que sostiene la Convención.

Por el contrario, los Estados contratantes previeron especialmente esa excepción ante dos supuestos. Por un lado, cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (artículo 9.1). Y en segundo término, cuando “sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (...) de uno de los padres del niño, o de ambos” (artículo 9.4).

Como se puede apreciar, la extradición es una de las causas justificadas por la Convención para efectuar la separación.

En este sentido, la pauta hermenéutica liminar del “interés superior del niño” no puede ser interpretada de forma que los derechos receptados por el instrumento internacional, sean utilizados para beneficiar a los adultos con quienes el niño mantiene algún vínculo familiar o afectivo.

Por esta razón, en los procedimientos de extradición, esta pauta debe regir la modalidad en que esta separación se llevará a cabo, salvo que razones especialmente graves y serias –adecuadamente ponderadas desde la perspectiva del interés superior del menor– aconsejen no llevarla a cabo.

Y, a mi entender, quien se encuentra en mejores condiciones para valorar ese extremo es el *a quo*, que conoce de la situación de las menores –y de sus padres– y dispuso las medidas de guarda necesarias, conforme surge del legajo tutelar. Ello, sin perjuicio de la facultad que le compete al Poder Ejecutivo en la intervención prevista en el artículo 36 de la ley 24.767.

– III –

Solicita la parte que, previo a resolver el presente recurso, se efectúe un informe socio ambiental respecto de las hijas de la defendida y se les confiera intervención en el proceso extraditorio, en aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pues bien, en lo que se refiere al informe peticionado, estimo que, más allá de no ser ésta la instancia adecuada para ello, no debe dársele acogida favorable, por cuanto, conforme surge del legajo tutelar

acompañado, la situación en que se encuentran las menores ya ha sido debidamente estudiada y analizada por las especialistas en servicios sociales (ver informes de fojas 11/13, 24 y 25 del agregado), por la defensora pública de menores (fojas 15 *ídem*) y por el magistrado federal (fojas 16/17 y 33/34 *ídem*).

Por otra parte, V.E. ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del derecho del niño a intervenir en todos los asuntos que lo afecten, en particular, de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, en el precedente “Lagos Quispe” (Fallos: 331:1352), donde sostuvo que el mecanismo regulado por la acordada 40/97 de la Excelentísima Cámara Federal de Apelaciones de San Martín se presenta como suficiente para encauzar cualquier reparo que el menor y/o sus representantes tuvieron o pudieran tener en punto a la separación de padres e hijos, y que esa intervención puede efectuarse aún luego de adquirir firmeza la declaración de procedencia de la extradición.

A la luz de lo expuesto, entiendo que no existirían razones para suspender el trámite del presente remedio procesal, por cuanto el juez de la extradición puede suspender la entrega de la requerida a fin de dar intervención a sus hijas en el proceso, en aplicación de la acordada 40/97 de la cámara del fuero.

– IV –

Asimismo, plantea la recurrente la nulidad de la sentencia, por cuanto no se habría dado cumplimiento a lo previsto por la mencionada acordada.

Pero esto no es cierto. Obsérvese, a este fin, lo que surge del legajo tutelar, el cual fue confeccionado a pedido de la defensora pública oficial de menores, donde expresamente solicita “se forme legajo en los términos de la acordada 40/97 CFASM con carácter de muy urgente (ley 23.061 y Convención sobre los Derechos del Niño)” (fojas 9). Y en este marco es que se han producido los informes mencionados en el agravio tratado en el punto anterior y se ha dispuesto la guarda de las menores.

Además, conforme lo mencionado *ut supra*, la circunstancia de que las hijas de la imputada no hayan tenido efectiva intervención en el procedimiento judicial aún, no invalida la sentencia, por cuanto dicha

participación puede formalizarse con posterioridad a la declaración de procedencia de la extradición.

– V –

Finalmente, se queja la defensa porque, a su entender, el Estado requirente omitió acompañar elementos probatorios suficientes y sólidos que justifiquen la extradición.

Pues bien, como primera medida, esta demanda no se encuentra entre las exigencias enumeradas en el Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay (que rige esta extradición; cfr. ley 25.304), de forma que al no ser un requisito convencional, mal puede intentarse que su falta ocasione el rechazo del extrañamiento (Fallos: 329:1245).

De ahí la impertinencia del precedente “Green” (Fallos: 319:505) citado por la defensa, por cuanto se refiere a un requisito especialmente previsto en el antiguo tratado bilateral de extradición que unía a la República Argentina con los Estados Unidos de Norteamérica, que, obvia decirlo, no es aplicable al presente trámite.

En consecuencia, no puede desacreditarse la decisión del magistrado, si éste, al fallar como lo hizo, tuvo en consideración las constancias oportunamente acompañadas al pedido formal de extradición, que son las exigidas por el tratado bilateral que nos une con el país requirente.

Es que, olvida la recurrente que el procedimiento de extradición no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal pues él no envuelve en el sistema de legislación nacional sobre la materia, el conocimiento del proceso en el fondo, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, en los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 330:3977), por lo que no caben en él otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 331:608).

De allí que cuestiones vinculadas a la valoración de la prueba son ajenas a este proceso y deben ser planteadas ante los jueces naturales del Estado requirente (doctrina de Fallos: 329:2523, entre otros).

– VI –

Por lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia en cuanto concede la extradición de López, sin perjuicio de lo señalado en el punto III. Buenos Aires, 11 de septiembre de 2009. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “López, Vanesa Maricel; Olié, Félix Adrián s/ extradición”.

Considerando:

1º) Que el juez a cargo del Juzgado Federal Criminal y Correccional Nº 2 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, hizo lugar al pedido de extradición de Vanesa Maricel López y de Félix Adrián Olié a la República Oriental del Uruguay para ser sometidos a proceso por el delito de importación de sustancias estupefacientes prohibidas (fs. 156/160).

2º) Que contra esa resolución interpuso recurso ordinario de apelación la entonces defensa oficial de la requerida López (fs. 161/162) que, concedido (fs. 163), fue fundado en esta instancia por su actual defensor (fs. 194/196). A su turno, el señor Procurador Fiscal solicitó se confirmara la resolución apelada (fs. 198/201).

3º) Que el agravio de la defensa fundado en la ausencia de prueba que sustente el pedido de extradición de la requerida es mera reiteración del que ya fuera ventilado en el debate, considerado por el *a quo* de forma ajustada a derecho y al tratado aplicable que rige este pedido de extradición, aprobado por ley 25.304, sin que la parte recurrente se hiciera cargo de las razones brindadas en esa instancia para desestimarlos. Ello es evidente, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, si se confronta el tenor de la cuestión presentada en el escrito

de fs. 194/196 vta. (en especial fs. 195 vta./196) con los términos de la resolución apelada (fs. 156/160, aquí fs. 159 vta.).

4° Que, además, la parte recurrente solicita que, previo a resolver este recurso, se dé intervención a las hijas de la requerida en aplicación del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “con el objeto de evitar cualquier vicio en el procedimiento y la afectación a los derechos reconocidos en la legislación internacional vigente” y que se realice de un “informe socio ambiental” respecto de las niñas. Por último, que se anule la resolución apelada porque el *a quo* no habría dado cumplimiento a lo dispuesto por la acordada 40/97 de la Excma. Cámara Federal de San Martín, Provincia de Buenos Aires (fs. 195 vta.).

5° Que la existencia de hijo/s menor/es no está contemplada como causal que impida la extradición de su/s progenitor/es ni en el tratado de extradición aplicable aprobado por ley 25.304 ni en la ley de Cooperación Penal Internacional 24.767.

Ello en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño que admite la “separación de padres e hijos” (ya sea de uno de los padres o de ambos) en supuestos de “detención”, “encarcelamiento”, “exilio”, “deportación” o incluso “muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona está bajo la custodia del Estado”, (art. 9.4. de la Convención) (“Lagos Quispe” Fallos: 331:1352, considerandos 5° y 6°).

6° Que, por lo demás, la parte recurrente no se hizo cargo en su memorial de lo ya actuado por el juez interviniente para garantizar el “derecho a ser oído” de las menores, en el caso y por el momento, a través de su “representante” y “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, tal como prescribe el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. legajo tutelar que corre por cuerda).

7° Que el dictado del auto apelado no modificó ese estado de situación (punto II de la parte dispositiva del auto obrante a fs. 155/156) ni tampoco ello sucederá con la resolución que aquí se adopta en cuanto se limita a confirmar la declaración de procedencia de la extradición (art. 34 de la ley 24.767).

8° Que, a esta altura, parece oportuno recordar, como ya lo hizo esta Corte Suprema en otras oportunidades, que no sólo los órganos

judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del “interés superior del niño” estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten (causa G. 617. XLIII; RHE “G., M.G. s/protección de persona –causa N° 73.154/05–”, Fallos: 331:2047).

9°) Que, por ende, cada una de las autoridades a las que compete intervenir en lo que resta del procedimiento de extradición, en las sucesivas decisiones y medidas que adopte, deberá estudiar, en la oportunidad y bajo la modalidad que mejor se ajuste a las particularidades del caso y en forma sistemática, cómo los derechos y los intereses de las hijas de la requerida pueden verse afectados, recurriendo a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que, sobre la integridad de la/s menor/es pudiera, a todo evento, generar la concesión de la extradición de su progenitora (en la causa P.773.XLIV “Paz, Roxana Marisa s/ extradición”, considerando 12, resuelta el 9 de diciembre de 2009 y S.780.XLIV “Schmidt, Guillermo Javier s/ arresto preventivo con fines de extradición”, considerando 6°, del 22 de diciembre de 2009).

Por lo expuesto, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de recurso y declarar procedente la extradición de Vanesa Maricel López a la República Oriental del Uruguay para ser sometida a proceso por el delito de importación de sustancias estupefacientes prohibidas (clorhidrato de cocaína). Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Esta Corte comparte y hace suyos, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, se confirma la resolución apelada en cuanto declaró procedente el pedido de extradición de Vanesa Maricel López, a la República Oriental del Uruguay. Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **la Defensora Pública Oficial Carmen María de la Vega** de Vanesa Maricel López, memorial presentado por el letrado defensor de Vanesa Maricel López, **Dr. Pedro Pablo Pusineri**.
Tribunal de origen: **Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín, Provincia de Buenos Aires.**

ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS
c/ INTERCORP S.R.L.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

A fin de evitar la eventual afectación de la percepción de la renta pública, resulta necesario admitir la validez de las medidas cautelares que, al amparo de las disposiciones del art. 92 de la ley 11.683, los funcionarios del Fisco Nacional hayan dispuesto y trabado hasta el presente, sin perjuicio de que los jueces de la causa revisen en cada caso su regularidad y procedencia en orden a los demás recaudos exigibles, pero no habría justificación alguna para dejar subsistentes medidas precautorias dispuestas por aquéllos con posterioridad a la sentencia en que la Corte se pronuncia declarando el vicio constitucional que afecta el procedimiento citado en aquélla norma, dado que a partir de ella nada obsta a que las medidas cautelares que el organismo recaudador considere necesario adoptar en lo sucesivo, sean requeridas al juez competente para entender en el proceso ejecutivo, y que sea tal magistrado quien adopte la decisión que corresponda.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

El régimen establecido en el artículo 92 de la ley 11.683 –en cuanto otorga a los funcionarios del organismo recaudador la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares–, en la medida en que no se adecua a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad, es inconstitucional.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

El art. 92 de la ley 11.683 es inconstitucional pues contiene una inadmisibles delegación en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial, dado que el esquema diseñado en el precepto, al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medidas sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es “informado” de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de la contraria.

EJECUCION FISCAL.

Si bien los pronunciamientos dictados en los procesos de ejecución fiscal no revisiten, en principio, el carácter de sentencia definitiva que haga viable el remedio federal, en el caso se configura un supuesto de excepción en tanto la cuestión en debate –planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias– excede el interés individual de las partes y afecta el de la comunidad en razón de su aptitud para incidir en la gestión de las finanzas del Estado y en la percepción de la renta pública.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues no se trata de un supuesto de privación de la propiedad, sino de una afectación meramente provisional del derecho a disponer de los bienes objeto de cautela, con el propósito de asegurar el cobro de un crédito expresado en un instrumento al cual la ley confiere el carácter de ejecutivo, y la circunstancia de que se trate de una afectación meramente provisional explica que los ordenamientos procesales establezcan, de ordinario, que tal clase de medidas puedan adoptarse sin necesidad de oír previamente al afectado (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay).

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues si bien la ley faculta al organismo recaudador a disponer por tales medidas, se advierte una clara preocupación del legislador para que el juez esté en conocimiento de ellas, de modo que el sentido de la norma es someter la conducta de la Administración a un inmediato control judicial, que podrá ser ejercido de oficio o a pedido del afectado, con anterioridad a su concreción o con posterioridad a ella, no existiendo disposición alguna en el extenso art. 92 que limite la competencia de los jueces para impedir su traba o para dejarlas

sin efecto, sustituirlas por otras o limitarlas, cuando ello sea necesario a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes (arts. 203 a 205 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay).

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

Cabe desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues las modificaciones introducidas por la ley 25.239, obedecieron al propósito de superar, o al menos atenuar, las demoras en los procesos de ejecución fiscal –y de la consiguiente percepción de las rentas públicas– derivadas de la extraordinaria cantidad de juicios de esa clase radicados en los juzgados federales, que impedían que su trámite fuese llevado adelante en plazos adecuados (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay y de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues la circunstancia de que la ley otorgue atribuciones a tales funcionarios administrativos –para suscribir y librar el mandamiento de intimación de pago y embargo, con la citación a oponer excepciones–, es indudable que no afecta la sustancia del proceso ni el derecho de defensa del contribuyente, quien podrá ocurrir ante el juez competente oponiendo las excepciones que estime pertinentes o, en su caso, impugnando la validez del acto o diligencia si éstos hubiesen sido cumplidos irregularmente (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues no se advierte lesión al derecho de propiedad, ya que el artículo 17 de la Constitución Nacional no veda en forma absoluta toda interferencia en los derechos patrimoniales de los particulares, y cuando está comprometido el interés público –en el caso, por el vínculo entre la ejecución fiscal y la recaudación tributaria–, el legislador puede adoptar soluciones razonables que tutelen la acción de los organismos administrativos y, por ende, el interés de la comunidad, siempre que se preserve el derecho de los particulares y se les dé la oportunidad de obtener una revisión mediante el control judicial suficiente de lo actuado por la administración (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

El examen de proporcionalidad de la medida dispuesta por el art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, requiere valorar la entidad de la restricción que genera en función de la importancia del fin legislativo, y tal como surge de los propios considerandos de la ley 25.239, que introdujo modificaciones a tal artículo y estableció el procedimiento impugnado, el legislador tuvo como esencial propósito agilizar y dotar de mayor eficacia a la función de recaudación de la AFIP, de modo que una eventual decisión contraria a su validez podría incidir en la oportuna percepción de la renta pública, circunstancia que revela *prima facie* un factor de retardo y perturbación en el desarrollo de la política económica del Estado, con menoscabo de los intereses de la comunidad (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

Cabe desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues los medios arbitrados no aparecen como desproporcionados con relación al fin que persiguen, pues, a través de un procedimiento que en definitiva cuenta con pleno control judicial, se obtienen beneficios en un ámbito en el que están en juego intereses generales, como lo son la mayor eficacia y celeridad en la percepción de la renta pública (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión debatida en autos guarda sustancial analogía con la examinada en mi dictamen del día de la fecha, *in re* A.570, L.XXXVII, “A.F.I.P. c/ Atahualpa SRL por ejecución fiscal”, a cuyos fundamentos me remito en cuanto fueren aplicables al *sub judice*.

En virtud de lo expuesto, considero que cabe admitir parcialmente el remedio federal de fs. 91/100 en cuanto se cuestionan allí las facultades de la AFIP para decretar, por sí, medidas cautelares sobre el patrimonio de los contribuyentes, rechazarlo en lo demás y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento acorde con lo aquí expresado. Buenos Aires, 28 de febrero de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra.*

Suprema Corte:

– I –

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP, en adelante) inició ejecución fiscal contra Atahualpa SRL por \$ 29.277,77, correspondientes a una multa aplicada en el sumario S.M. 030/19/98, según surge del certificado de deuda obrante a fs. 1.

– II –

A fs. 13/20, la ejecutada planteó la nulidad de la intimación de pago y citación para oponer excepciones, para lo cual adujo la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 25.239, en cuanto modificó los arts. 92, 93, 95, 96 y 107 de la ley 11.683.

Destacó que las facultades atribuidas al Fisco para librar el mandamiento de intimación de pago y de citación a juicio del contribuyente, bajo la firma del agente fiscal, resultan contrarias a la garantía del derecho de defensa en juicio y a la prohibición del art. 109 de la Carta Magna. Dijo también que la potestad para decretar medidas cautelares es violatoria de la garantía del derecho de propiedad y del principio de la división de poderes.

Expresó, en síntesis, que mediante un apremio pseudo-administrativo se ha sustraído al juez el control efectivo del proceso de ejecución fiscal, ya que sólo intervendrá si se oponen excepciones, para resolver una eventual impugnación de la liquidación de la deuda o bien si se requiere una orden de allanamiento o el desapoderamiento físico de bienes. Agregó que, según el reglamento de la ley de rito, los funcionarios encargados de ejecutar deudas no requieren contar con el título de abogado.

Subrayó que funda su interés en la declaración de inconstitucionalidad en que se ha visto privada de defender sus derechos con las elementales garantías procesales consagradas en la Constitución Nacional.

En subsidio, opuso la excepción de inhabilidad de título, al aducir que nunca fue notificada de resolución alguna en el sumario mencionado, con posterioridad a la presentación de su descargo.

– III –

Al contestar el traslado de las defensas a fs. 28/29, la actora acompañó el expediente administrativo y dijo que allí consta que el acto de imposición de multa fue correctamente notificado y que devino firme al no haberse interpuesto recurso alguno.

– IV –

A fs. 32/37, el juez de primera instancia rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 92 y cc. de la ley de rito fiscal y ordenó correr traslado a la actora de la documentación presentada por la contraparte.

Para así resolver, estimó que, por principio, en un juicio ejecutivo no es atendible el planteo de inconstitucionalidad de la ejecutada. Sin perjuicio de ello, hizo notar que las normas cuestionadas son la única herramienta legal disponible por el Fisco para procurar el cobro forzado de sus acreencias y que, en la especie, la demandada indicó en forma genérica sus razones, sin siquiera demostrar de qué forma concreta se ven afectados sus derechos constitucionales.

Consideró también que el fin tenido en cuenta por el legislador al sancionar la ley 25.239 resultaba plausible, como asimismo los medios en ella instrumentados y las facultades otorgadas al Fisco Nacional.

– V –

A fs. 77/81, la Cámara Federal de Salta confirmó lo resuelto por la instancia anterior.

Para así resolver, dijo que, si bien se trata de un proceso ejecutivo, en nuestro derecho existen otros casos donde se admiten etapas extrajudiciales, con el objeto de lograr el pronto pago de la deuda incumplida, reservando la amplitud del derecho de defensa para una eventual etapa ordinaria posterior.

Recordó, sin embargo, que el rigor del apremio fiscal fue mitigado por los tribunales cuando su aplicación lisa y llana producía iniquidad en el caso concreto.

Según su criterio, el cumplimiento de los pasos previstos por el art. 92 de la ley 11.683 (según el texto de su similar 25.239) no ha implicado, en la especie, el cercenamiento de las potestades de control del *a quo* ni se ha demostrado perjuicio concreto alguno en el derecho de defensa de la ejecutada quien, por el contrario, pudo intentar resistir la demanda con las excepciones que estimó oportunas, sin menoscabo alguno de sus garantías constitucionales. En este sentido, destacó que la mayoría de sus planteos remiten al análisis de hipótesis abstractas sobre las cuales no corresponde, por el momento, emitir un juicio.

– VI –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario que luce a fs. 84/96.

– VII –

Tengo para mí que el agravio de la ejecutada, vinculado con la impugnación constitucional de las facultades atribuidas al Fisco Nacional por la ley de rito tributaria para disponer y trabar por sí medidas precautorias sobre el patrimonio de los contribuyentes es sustancialmente análogo al planteado en la causa A.413, L.XXXVII, “AFIP c/ Consorcio Forestal Andina por ejecución fiscal”, dictaminada el 12 de diciembre de 2001, a cuyos fundamentos remito, por razones de brevedad, en cuanto fueren aplicables aquí.

– VIII –

En lo atinente al rechazo de las defensas esbozadas por la ejecutada con base en la violación del derechos de defensa en juicio y el debido proceso, como en las garantías del juez natural y de la división de poderes –que se producirían, a su juicio, de seguirse el procedimiento del art. 92 de la ley de rito fiscal según el texto dado por la ley 25.239– cabe señalar que, a mi modo de ver, los cuestionamientos dirigidos a impugnar de nulidad el procedimiento de apremio en lo atinente tanto a lo que ocurriría en el caso en que no se opongán excepciones como a la etapa de subasta de los bienes del deudor, en el caso de falta de cumplimiento de la sentencia, traducen un agravio hipotético o meramente conjetural que es incapaz de sustentar la apelación intentada (Fallos: 312:290). Y, en tales condiciones, es inoficiosa la intervención

de la Corte si falta el gravamen derivado de la aplicación de las normas cuya constitucionalidad se cuestiona (arg. Fallos: 311:1810).

Por lo demás, y tal como lo ha destacado el *a quo*, no se ha demostrado en autos, como era de rigor, la forma concreta y puntual en que tales derechos constitucionales se habrían visto cercenados, en especial en cuanto a qué defensas se ha visto privada de oponer en virtud de la restricción contenida en el mentado art. 92 para oponer las excepciones del segundo párrafo del art. 605 del Código de rito, ya que ni siquiera ha esbozado qué argumentos no pudo utilizar. Tampoco ha señalado cómo se ha visto menguado su derecho de defensa por el hecho de que la notificación de la demanda se haya llevado a cabo –materialmente– por un oficial de justicia *ad hoc* que, a la vez, es empleado de la AFIP o qué perjuicios este proceder le habría irrogado (arg. Fallos: 310:2085).

– IX –

Por lo expuesto, considero que cabe admitir parcialmente el remedio federal intentado, según lo expuesto *supra* acápite VII, rechazarlo en lo demás y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento acorde con lo aquí expresado y, en su oportunidad, una vez que se sustancie el traslado ordenado a fs. 37 vta., se resuelva lo que corresponda sobre la excepción interpuesta por la ejecutada. Buenos Aires, 28 de febrero de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra*.

Suprema Corte:

– I –

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP, en adelante) inició ejecución fiscal contra la sociedad de hecho “Consortio Forestal Andina”, por \$ 6.332,76, correspondientes a los saldos de sus declaraciones juradas del Impuesto al Valor Agregado de octubre de 1999 y de los aportes al Sistema Unico de la Seguridad Social de noviembre y diciembre de 1999, según los certificados de deuda Nos. 751/00140/01/2000 y 751/00140/02/2000, obrantes a fs. 1 y 2.

Señaló que este juicio tramita de acuerdo con lo establecido en los arts. 92, 96 y cc. de la Ley 11.683 (t.o. en 1998, con las reformas introducidas por la Ley 25.239) y, con tal motivo, informó al Juez que, en virtud de lo dispuesto en el párrafo undécimo del primero de dichos preceptos, ordenó el embargo general de fondos y valores del ejecutado –en cuentas bancarias, títulos o cualquier otro activo financiero abierto a su nombre–, por el monto reclamado, más un 15% fijado legalmente para responder a intereses y costas. Agregó que, para ello, libraría oficio al Banco Central de la República Argentina e indicó que, a su vez, las entidades financieras por éste requeridas sólo deberán responder si el demandado es cliente y si el resultado de la medida es positivo, caso en que debe realizarse la transferencia de los fondos al Banco de la Nación Argentina –sucursal Salta– para la cuenta de autos y a la orden del Juzgado.

Propuso, asimismo, los empleados de la AFIP que actuarían en la causa como oficiales de justicia *ad hoc*.

– II –

A fs. 29/33, la ejecutada planteó la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley 25.239, en cuanto modificó los arts. 92 y cc. de la Ley 11.683.

En particular, remarcó que le causa gravamen el párrafo agregado al art. 37 de esta ley, pues permite el anatocismo y también la limitación existente para invocar las excepciones del segundo párrafo del art. 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en especial las de incompetencia, falta de personería, litispendencia, cosa juzgada, nulidad de la ejecución, falta de legitimación pasiva en el ejecutado y pago parcial. Asimismo –dijo– le agravia la inaplicabilidad de la Ley 19.983 a este tipo de juicios.

Adujo, por otra parte, que viola la Carta Magna la facultad concedida a la AFIP para trabar medidas cautelares sobre el patrimonio de los ejecutados. Planteó, al respecto, el desconocimiento de su derecho de propiedad, además de señalar la intromisión que existe en la esfera de competencias privativas del Poder Judicial, en contra del art. 109 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, solicitó que se levante el embargo decretado por la actora.

Sin perjuicio de ello y, en forma subsidiaria, opuso las excepciones de inhabilidad de título y de espera documentada. Fundó, la primera,

en la inexistencia de intimación administrativa previa y en el desconocimiento sobre la forma en que la actora determinó los montos cuya ejecución persigue. Sobre la restante, indicó que, en primer término, el IVA reclamado fue diferido en virtud de las disposiciones de la Ley 22.021 y, en segundo lugar, que, por las obligaciones previsionales, el 24 de marzo de 2000 se acogió al plan de facilidades de pago del Decreto N° 93, publicado en el Boletín Oficial el 27 de enero de 2000.

– III –

Al contestar el traslado de las excepciones, la actora solicitó que se agregue el formulario N° 408 de allanamiento y renuncia a toda acción y derecho relativos a la causa, suscripto por la demandada al adherir al referido régimen de facilidades de pago, y presentado el 6 de julio de 2000 a la AFIP, respecto a los aportes al SUSS aquí ejecutados (fs. 50). En cuanto a la deuda por IVA, reconoció que no debió reclamarse, pues fue correctamente diferida por la ejecutada (fs. 53/61).

Pidió, entonces, que se rechacen las excepciones y el planteamiento de inconstitucionalidad deducidos, y que se mande llevar adelante la ejecución por la suma reconocida, en última instancia, por la ejecutada.

– IV –

A fs. 63/69, el Juez Federal de Salta declaró la inconstitucionalidad del inc. 5° del art. 18 de la Ley 25.239, en tanto sustituyó el texto del art. 92 de la Ley 11.683 y, por ende, la nulidad de todos los actos procesales cumplidos en autos. Asimismo, dejó sin efecto el embargo general sobre fondos y valores de la ejecutada y estimó inoficioso expedirse sobre las excepciones opuestas.

Para así decidir, consideró que la defensa de inconstitucionalidad, en el marco de las ejecuciones fiscales, ha de examinarse con cuidado, atento a que se puede desvirtuar el carácter sumario del proceso.

Entendió, por otra parte, que la adhesión a una moratoria, realizada en sede administrativa, no priva a la ejecutada de ejercer su derecho de defensa ante la Justicia. Así, consideró que existe una causa o controversia sobre la cual realizar el control de constitucionalidad propuesto, de manera concreta.

Destacó que el art. 18 de la Ley 25.239 introdujo sustanciales cambios en el juicio de ejecución fiscal regulado en el art. 92 de la ley de rito fiscal, pues ya la reforma de la Ley 23.658 había limitado las defensas que el ejecutado podía articular, al tornar inaplicables las del art. 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Agregó que ahora se ha previsto, para el caso en que no se opongan excepciones, una ejecución administrativa, sin intervención real del Poder Judicial y donde se afecta la propiedad del ejecutado sin la sentencia exigida por el art. 17 de la Carta Magna.

Expresó que resulta contrapuesta a la Ley Fundamental la facultad conferida a la AFIP para disponer por sí medidas cautelares ya que, pese a tener por fin asegurar el cobro del crédito e implicar un refuerzo de la autotutela de los actos de la Administración, es incompatible con las garantías del derecho de propiedad y de razonabilidad de las leyes, por una parte, y con el principio de división de poderes y de tutela judicial efectiva, por otra, pues erige al Fisco en juez y parte de tal extremo de la controversia.

Adujo también que el menoscabo para los ejecutados se verifica porque se ha excluido la responsabilidad del Estado por su actividad recaudatoria en vía de apremio, puesto que sólo responde el agente fiscal en virtud de la remisión del art. 92 de la ley de procedimientos tributarios al art. 1112 del Código Civil.

Por último, señaló que es loable que el Legislador persiga como objetivo optimizar la recaudación de las rentas públicas, mas ello no se puede hacer cercenando de forma indebida los derechos de los ciudadanos.

– V –

Disconforme, la AFIP interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 72 bis/100, concedido por el *a quo* a fs. 111/112.

Sostiene que lo decidido es contrario a una ley federal y que, además, posee gravedad institucional.

Aduce que no existía materia litigiosa que resolver, dado que, por una parte, la recurrente desistió en cuanto al cobro del IVA, al aceptar que el contribuyente difirió legítimamente el pago y, por otro lado, éste

se allanó con relación a la otra deuda reclamada. En tales condiciones, al no haber ya controversia, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 11.683 sobre el punto se ha realizado en abstracto y de manera arbitraria.

En cuanto a las medidas cautelares dispuestas, indica que no fueron efectivamente trabadas.

Por otra parte, rebate los argumentos esgrimidos por el *a quo* y sostiene que la reforma introducida por la Ley 25.239 en el proceso de ejecución fiscal es constitucionalmente admisible.

– VI –

Tal como han quedado planteadas las cosas en el *sub examine*, me parece conveniente tratar, en primer término, los agravios del Fisco dirigidos a cuestionar el rechazo de su pretensión enderezada a cobrar la deuda que reclamó y, en segundo lugar, los vinculados con la declaración de inconstitucionalidad de la ley de rito fiscal, en cuanto le atribuye potestades para decretar medidas cautelares, sin necesidad de requerirlas a un tribunal.

– VII –

Tengo para mí que, en cuanto al fondo del presente juicio de apremio, el remedio federal es formalmente admisible pues, como ha expresado la Corte, si bien en principio las sentencias en los juicios ejecutivos no reúnen el carácter de definitivas a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 308:1230; 311:1724, entre otros), dada la manera en que ha sido resuelto el *sub lite* el Fisco Nacional no podría iniciar un nuevo juicio mediante el trámite previsto en el art. 92 de la ley de rito fiscal, lo cual, por otro lado, configura una cuestión que excede el interés individual de las partes y afecta al de la comunidad en razón de que lo resuelto podría importar un entorpecimiento en la percepción de la renta pública (Fallos: 321:1472; 323:2161, entre otros). Asimismo, la sentencia ha sido dictada por el superior tribunal de la causa ya que, en virtud de la reforma introducida por la ley 23.658 al art. 92 de la ley de rito fiscal, aquélla no es apelable.

Además, estimo que el fallo resulta descalificable con arreglo a la doctrina elaborada por la Corte en torno a la arbitrariedad de senten-

cias (Fallos: 293:660; 319:2307, entre otros), puesto que, al momento de decidir lo atinente al reclamo efectuado por el Fisco Nacional en vía de apremio, el *a quo* se ha apartado de las constancias obrantes en la causa.

En efecto, por una parte, la actora desistió de su reclamo relativo al IVA del período octubre de 1999, al reconocer que la contraparte no tenía obligación de ingresar, pues lo había diferido al invertirlo en la empresa Uvas del Valle S.A., lo que equivale a reconocer que era precedente la excepción de espera documentada.

Y, por otra, con relación al resto de la deuda reclamada, que corresponde al SUSS de los períodos noviembre y diciembre de 1999, cabe destacar que, como surge de autos, la accionada se acogió —el 6 de julio de 2000— al plan de facilidades de pago instituido por el Decreto N° 93/00 del Poder Ejecutivo Nacional, sin reservas de ninguna especie **en cuanto a la exigibilidad de la suma adeudada**. Este hecho, que era inhábil para ser considerado como una espera documentada, por ser posterior, tanto al inicio de la presente ejecución (25 de febrero de 2000), como a la notificación del mandamiento de intimación de pago y embargo (2 de mayo de 2000), implicó, indudablemente, el reconocimiento del débito reclamado y llevaba aparejado el allanamiento incondicional al pago del monto reclamado, en los términos del art. 2° de dicho reglamento.

Dentro de este orden de ideas, aprecio entonces que la sentencia del *a quo*, en cuanto declaró la nulidad de todo lo actuado, resulta arbitraria y, por ende, corresponde que sea revocada, pues se ha realizado con total prescindencia de las constancias fácticas del expediente, en cuya virtud la ejecutada ya no tendría interés en mantener las defensas relativas a la inexigibilidad de la deuda, cuya restricción por parte de la ley de rito el juez consideró que es inconstitucional.

– VIII –

Lo dicho hasta aquí no obsta, en mi criterio, para el tratamiento del agravio del Fisco vinculado con la declaración de inconstitucionalidad de la atribución introducida por la ley 25.239 para decretar, por sí, medidas cautelares sobre el patrimonio de los ejecutados.

Cabe precisar que la referida potestad es independiente de las contingencias y desarrollo procesal del juicio ejecutivo en el cual se ejerce y,

de esta manera, lo que se decida a su respecto puede configurar –como en el *sub lite*– un agravio en sí mismo para alguna de las partes.

Además, entiendo que el allanamiento realizado por la ejecutada a fs. 49 fue respecto del monto reclamado en autos en concepto de deuda de la seguridad social, sin que de él, ni de las demás normas del Decreto 93/00, pueda colegirse que implicó abdicar también de toda defensa vinculada, no directamente con la existencia y causa de la obligación reconocida, sino con la admisión de cualquier modo de hacerla efectiva o de cualquier medida procesal precautoria dirigida a asegurar su cobro.

Corroborara esta inteligencia lo dispuesto por el art. 307 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su segundo párrafo, en cuanto a que el allanamiento del demandado a las pretensiones obliga al juez a dictar sentencia conforme a derecho, **“pero que si estuviere comprometido el orden público, el allanamiento carecerá de efectos y continuará el proceso según su estado”** (énfasis, agregado al texto), norma que resulta aplicable al *sub examine*, toda vez que, como expongo *infra* acápite IX, al existir un supuesto de violación de la división de poderes en el gobierno de la República, es indudable que existe en autos un compromiso para el orden público.

Por otro lado, si bien tiene dicho la Corte que las resoluciones que se refieren a medidas precautorias, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan, como principio, el otorgamiento del recurso extraordinario (confr. Fallos: 298:409; 300:1036; 308:90; 314:1202), pienso que tal doctrina no es aplicable a lo decidido aquí, toda vez que no se trata de un recurso extraordinario dirigido contra una decisión judicial que haya rechazado una medida cautelar, sino que se cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de la norma que autoriza al organismo recaudador a disponerla, de tal forma que no podría volver a ejercitar las referidas potestades respecto de la deuda en disputa, ya que el Juzgador le ha privado de ellas, extremo que, desde mi punto de vista, evidencia el carácter definitivo del agravio.

– IX –

Acerca del agravio fundado en la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 25.239, que introdujo diversas modificaciones en la ley de rito fiscal, cabe advertir, en lo que ahora interesa, que facultó a la

AFIP en el art. 92, párrafos 9º, 10 y 11 –y, correlativamente, en el 2º párrafo del art. 107– a decretar y trabar, por sí, medidas cautelares precautorias sobre bienes del responsable ejecutado: embargos de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo y naturaleza, inhibición general de bienes y otras medidas que tiendan a garantizar el recupero de la deuda.

Como mecanismo para su traba, preceptúa que la medida es decretada directamente por el agente fiscal y que se tramitará por un simple oficio expedido por éste, con el mismo valor que una requisitoria emanada de una orden judicial, pudiendo utilizar todos los sistemas o medios informáticos a su alcance para así proceder.

Debo adelantar que coincido con lo expresado por el *a quo* sobre el particular y, en consecuencia, estimo que la sentencia debe ser mantenida en este punto.

En efecto, es terminante el art. 17 de la Ley Suprema, cuando establece: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de **sentencia** fundada en ley”. Y no menos rotundo es el art. 14, cuando señala que se reconoce a aquéllos el derecho de “usar y disponer” de su propiedad, facultades ambas que el precepto legal bajo cuestión permite que sean afectadas por otro Poder del Estado –Poder Ejecutivo Nacional, a través de la AFIP, órgano de su esfera, conf. Decretos 1156/96 y 618/97–, en contraposición flagrante al claro texto de la norma superior de nuestro ordenamiento.

Desde antiguo ha señalado V.E., en conocida doctrina, que “El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende como lo ha dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’.” (Fallos: 145:307). Y también que la tutela que el Estado constitucional hace de la propiedad no se limita a una garantía formal, sino que tiende a impedir que se prive de contenido real a este derecho (Fallos: 312:2467).

Es para mí indiscutible que las medidas cautelares, cualesquiera sean, afectan concretamente el derecho de propiedad del individuo, por su propia naturaleza, ya que si bien no importan —en principio— una ablación en su patrimonio, su función es, precisamente, limitar de manera efectiva otros atributos no menos importantes de ese derecho, cuales son los de usar y disponer de él, con una función de garantía. A nadie escapa, por dar un ejemplo, que un bien embargado pierde peso económico en el mercado y que limita, en mayor o menor medida, las posibilidades de actuación económica del sujeto. Por ello y, parafraseando los pensamientos de Bentham, corresponde indicar que el valor que la propiedad representa para la persona no surge de la mera posesión en sí de una cosa o bien, sino de la expectativa que le depara esa titularidad sobre los usos que pueden asignársele, en virtud de esas posibilidades de usar y disponer que encierra.

Para el caso y, como quedó dicho, la afectación producida en la esfera del derecho de propiedad individual resulta palmariamente inconstitucional, ya que la cautela se ha decretado sobre el patrimonio de la ejecutada **sin que exista una sentencia emanada de un Juez competente, tal como lo exige sin excepción alguna el art. 17 de la Carta Magna**. En virtud de esta sabia norma, para poder acceder y afectar la esfera garantizada por el derecho de propiedad individual de los habitantes de nuestro suelo, resulta insoslayable la existencia de una decisión judicial sobre el punto.

Pero, sin perjuicio de lo recién expuesto —suficiente, en mi concepto, para invalidar la ley en cuestión sobre el punto en disputa—, considero que es deber inexcusable de este Ministerio Público añadir otra observación.

Como una cara inescindible de la misma moneda, aprecio que la facultad concedida por el Legislador a la AFIP implica, además, una invasión de las atribuciones propias de otro Poder del Estado —el Judicial—, que deriva, así, en una violación inadmisibles del principio de división de funciones.

Es cierto que no incumbe a los jueces, en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituir a los demás poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la Justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar los cometidos que corresponden a los otros

poderes. Pero no lo es menos que la mentada doctrina de la división de los poderes o de la separación de las funciones, especialmente en las sociedades modernas, halla su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas tareas que deben satisfacer los Estados, y la distribución de dichas funciones en órganos, cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquéllas, es prenda de un mejor acierto de sus proyectos y realizaciones (Fallos: 310:112).

Es doctrina del Tribunal, expresada en el conocido precedente de Fallos: 247:646, considerando 21º, que el principio de división de poderes puede y, sin duda, precisa ser adecuado a las necesidades de la vida contemporánea, en la medida en que lo toleren la generalidad y la sabiduría de las normas constitucionales, prescriptas para regir indefinidamente en el tiempo, pero que una cosa es la adecuación de él y otra la patente violación de su esencia. Y que el desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial no puede ser convalidado ya que, admitir su legitimidad, importaría tanto como autorizar la supresión o, cuando menos, la omisión del aludido principio, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas.

Nuestra Constitución Nacional, vale tenerlo presente, ha establecido, de manera tajante, esta distribución de funciones, en cuanto en su art. 109 (art. 95 en la numeración anterior a la reforma de 1994) veda, terminantemente, la asunción de funciones judiciales por parte del órgano ejecutivo, sea para las causas pendientes o las ya fenecidas. Al respecto, es útil recordar, como lo ha dicho autorizada doctrina, que este precepto no tuvo su fuente en la Constitución Norteamericana, sino que se inspiró en la Constitución de Chile de 1833 (Bosch, Jorge Tristán, "Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública", Buenos Aires, 1951, p. 55), lo cual acentúa más el carácter judicialista del sistema argentino con relación al de los Estados Unidos, al prohibir expresa y contundentemente al Poder Ejecutivo el ejercicio de cualquier función jurisdiccional.

Ya desde el precedente de Fallos: 190:142, la Corte sostuvo que el ejercicio de funciones judiciales, en contravención del art. 95 de la Constitución Nacional, afecta un pilar básico del sistema político adoptado, según el cual el Poder Judicial como una de las ramas del gobierno, sólo

puede ser desempeñado por los jueces nombrados en la forma señalada por la Constitución y por las leyes e investidos de la potestad de juzgar, con independencia de los otros dos poderes que lo integran.

Si bien es cierto, como dije, que en la especie se trata de medidas cautelares que, por su esencia, no implican una decisión sobre el fondo de la disputa, no es menos cierto que éstas tienen establecidos ciertos requisitos específicos para ser decretadas —en particular la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora—, extremos cuya ocurrencia debe ser examinada cuidadosamente —máxime en cuestiones donde está involucrada la recaudación de las rentas públicas— por un magistrado judicial, aunque se trate de un marco cognoscitivo restringido. Lo contrario implicaría poner la decisión al respecto en cabeza del Fisco, que actuaría como juez y parte, carente de imparcialidad, en contra de los más elementales fundamentos del principio de tutela judicial efectiva que garantiza de manera implícita el art. 18 de la Constitución Nacional, como también, en forma coincidente, los Pactos Internacionales incorporados con tal jerarquía por el inc. 22 de su art. 75 (v. gr., art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica; art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), según doctrina de Fallos: 312:2021, cons. 11. Esta intervención preventiva de los jueces supone la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa y que toma sus decisiones observando el derecho de defensa en juicio de los involucrados.

Debo poner de relieve que, al mismo tiempo, ese carácter de juez y parte que la norma otorga a la AFIP, afecta sustantivamente una de las emanaciones del principio de igualdad en materia tributaria, reconocido en el art. 16 de la Carta Magna. En efecto, la relación tributaria entre el Estado y el contribuyente ha devenido en un vínculo de carácter jurídico, abandonando el viejo esquema medieval de la relación de poder, una vez que al primero de aquéllos se le ha reconocido supremacía sólo al momento de dictar la ley. Emanada la norma y nacida, en consecuencia, la obligación tributaria, los sujetos activos y pasivos de dicha relación están en un plano de igualdad jurídica. Como señaló acertadamente en la década del 20 el jurista alemán Hans Nawiasky, “Acreeedor y deudor se encuentran en la obligación tributaria, formalmente, uno frente al otro, del mismo modo que ocurre en la obligación

privada (...) Este dato básico no se ve afectado en absoluto por el hecho de que el Estado no sólo sea acreedor, sujeto del crédito, sino además legislador, sujeto activo del ordenamiento jurídico (...) La denominada soberanía tributaria no hace referencia al crédito tributario sino únicamente a la ley tributaria, al igual que la soberanía estatal, considerada en su generalidad, sólo se manifiesta en el ordenamiento jurídico. De ahí que sea igualmente equivocado caracterizar la obligación tributaria como relación de poder cuando en mayor medida es una obligación crediticia” (Cuestiones fundamentales de Derecho tributario, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, p. 53 y ss.).

Lo pretendido por la actual redacción del art. 92 de la Ley 11.683 implica un inaceptable retroceso hacia la relación tributaria como un vínculo de poder, que posterga al contribuyente a una condición de súbdito cuando, como consecuencia del art. 16 de la Ley Fundamental, tanto el contribuyente como el Fisco se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley, sin supremacías ni sumisiones, donde las eventuales controversias deben ser dirimidas por un órgano independiente e imparcial, esto es, la magistratura judicial.

La Ley 11.683, con la reforma de su similar N° 25.239, permite al Poder Ejecutivo, actuando en calidad de parte –y no, valga subrayarlo, de tribunal administrativo, como en el supuesto de Fallos: 247:646–, no sólo utilizar sus potestades para verificar el cumplimiento que los responsables hagan de sus obligaciones tributarias, fiscalizar la situación de los sujetos pasivos, impugnar sus declaraciones juradas e intimar el pago y, en definitiva, para emanar los títulos ejecutivos, sino que hasta se le otorga la potestad de dilucidar las condiciones para dictar medidas cautelares, relegando al juez de la causa a un papel subordinado y pasivo.

Si bien es obvio que el ejecutado podrá solicitar el levantamiento del embargo y el juez así ordenarlo, no lo es menos que el daño que importa la ilegítima afectación del derecho de propiedad del contribuyente, en cuanto a su disponibilidad, ya se habrá consumado y que la violación de las garantías institucionales ya se ha producido por la mera actuación inconstitucional del Fisco. Necesariamente, toda revisión judicial sobre el punto llegará tarde, pues se habrá impedido al ciudadano el uso y goce de su propiedad durante el tiempo en que la medida unilateralmente dispuesta haya tenido vigencia, sin que ello quede subsanado por la posibilidad de reparar las consecuencias dañosas, haciendo valer la responsabilidad del funcionario público o del Estado.

En conclusión, los más que loables propósitos perseguidos por el Legislador en cuanto al aseguramiento y recaudación pronta de las rentas públicas no pueden excusar tal flagrante violación a las garantías institucionales. No escapa, a esta Procuración General, que es impostergable recrear una cultura financiera en el pueblo, donde todos concurren en la medida en que la ley equitativamente lo exija a soportar los gastos públicos que el Congreso Nacional haya establecido, como herramienta insustituible para superar, de una vez, la recurrente crisis que amenaza y diluye nuestro futuro como país, en la inteligencia de que sin Tesoro no hay Nación posible. Sin embargo, ello no significa que se consienta que, en la consecución de esos recursos, se puedan estructurar procedimientos irregulares y mecanismos que resulten vejatorios de las garantías fijadas por nuestra Carta Magna. Además, es claro que, si bajo el pretexto de acelerar la recaudación en vía de apremio, se pretende consumir violaciones a la Norma Fundamental, los cuestionamientos que los afectados realicen ante los jueces del país harán que se demore aún más la resolución de las causas pendientes.

Resulta ilustrativo lo señalado hace casi un siglo y medio por Juan Bautista Alberdi, cuando expresó que “El poder de crear, de manejar y de intervenir el Tesoro público es el resumen de todos los poderes. En la formación del Tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país” (Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853, en Parte III, Capítulo V, Ediciones Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, p. 306).

Creo oportuno indicar también que tiene dicho ese Tribunal que uno de los peores males que el país soporta es el gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que proviene de la evasión o bien de la extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que, en la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la aminoración de esos dañosos factores y comprender que son disvaliosas las soluciones que involuntariamente los favorecen (Fallos: 302:1284; 313:1420). Pero también ha expresado V.E., con el mismo énfasis, que el Estado Nacional Argentino, de cuyo gobierno es órgano esencial esa Corte, no puede tener interés más vital que el respeto cabal de las prescripciones de su Constitución, cuya conveniencia o inconveniencia

está vedado a los jueces valorar (Fallos: 311:2272) y que la sanción de una ley en ocasión de cualquier emergencia presupone su sometimiento a los principios y garantías individuales, y las limitaciones de los poderes contenidos en aquélla, se convertirían en letra muerta contra todo lo previsto por sus redactores. La emergencia, pues, no crea el poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad; sólo da causa al ejercicio de los que expresa o implícitamente se hallan acordados en el instrumento constitucional (Fallos: 172:21; 313:1513). Además, el Tribunal ha reconocido que, subordinar el fin a los medios, resulta una “preferencia axiológica que es conocida fuente de los peores males que puede padecer una sociedad” (Fallos: 313:1513, cons. 26, citado).

No menos contundente fue el aserto del Tribunal cuando señaló que es falsa y tiene que ser desechada la idea de que la prosperidad general constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos o la integridad del sistema institucional vigente, agregando que “el desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1º y 28 de la Constitución, sino que, al contrario, deben integrarse con éstos, de modo que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental. Porque, para esas normas y esa conciencia, tan censurables son los regímenes políticos que niegan el bienestar a los hombres, como los que pretenden edificarlo sobre el desprecio o el quebranto de las instituciones” (Fallos: 247:646, citado, cons. 22).

La declaración de inconstitucionalidad constituye la ‘última ratio’ del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315) y, en tal sentido, el juzgador debe apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar, a fin de asegurar la primacía de la Ley Fundamental, como medio de afianzar la justicia que está encargado de administrar (Fallos: 308:857). No empece, a ello, el argumento del Fisco en cuanto a que si bien la medida fue dispuesta por él, no fue efectivamente trabada, pues esto constituye una mera contingencia y, además, lo relevante en el punto está centrado en dilucidar quién es, en verdad, el único órgano estatal que, constitucionalmente, puede disponer tales arbitrios sobre la propiedad de los particulares.

Es por ello que, tal como adelanté, considero que debe ser confirmada la sentencia del *a quo* en este punto y, por ende, declarada la inconstitucionalidad de los arts. 92, 107 y cc. de la ley de rito fiscal, en cuanto facultan a la AFIP para trabar, sin orden judicial, cualquier tipo de medida cautelar sobre el patrimonio de los contribuyentes y demás responsables.

– X –

En virtud de lo hasta aquí expuesto, pienso que cabe confirmar la sentencia de fs. 63/69 conforme a lo expuesto en el acápite IX y revocarla en los términos del acápite VII en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Por ende, deben devolverse las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte una nueva ajustada a derecho. Buenos Aires, 12 de diciembre de 2001. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Administración Federal de Ingresos Públicos *c/* Intercorp S.R.L. *s/* ejecución fiscal”.

Considerando:

1º) Que la Administración Federal de Ingresos Públicos promovió ejecución fiscal contra Intercorp S.R.L. por \$ 112.046,44, correspondientes a saldos de sus declaraciones juradas del impuesto al valor agregado (período agosto/diciembre de 1999), del impuesto a las ganancias (años 1998 y 1999) y de aportes al Sistema Único de Seguridad Social (marzo, abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999), según los certificados de deuda obrantes a fs. 1/4 bis.

Señaló que el juicio tramitaría de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 92, 96 y ctes. de la ley 11.683 (t.o. 1998, con las reformas introducidas por la ley 25.239), por lo que informó al magistrado de primera

instancia que, según lo establecido en el art. 92, había dispuesto el embargo general de fondos y valores del ejecutado —en cuentas bancarias, cajas de seguridad, títulos y cualquier otro activo financiero— por el monto del capital reclamado, con más el 15% de dicha suma para responder por intereses y costas. Agregó que a tales efectos libraría oficio al Banco Central de la República Argentina (fs. 5).

2º) Que a raíz del planteo efectuado por la ejecutada, el titular del Juzgado Federal N° 1 de Salta declaró la inconstitucionalidad del inc. 5º del art. 18 de la ley 25.239, en tanto sustituyó el texto del art. 92 de la ley 11.683 y, en consecuencia, decretó la nulidad de todos los actos procesales cumplidos en autos (confr. fs. 40/45 vta.).

Para así decidir, el magistrado consideró, en síntesis, que las modificaciones introducidas en el citado art. 92 establecen, para el supuesto de que el ejecutado no oponga excepciones, una verdadera ejecución administrativa, sin intervención del Poder Judicial, en abierta violación al art. 17 de la Constitución Nacional.

En tal sentido, señaló que la norma impugnada, al permitir a los agentes fiscales disponer por sí medidas cautelares a los efectos de garantizar el crédito, transforma al Fisco en juez y parte, lo que resulta incompatible con diversos principios de raigambre constitucional.

3º) Que a su turno, la Cámara Federal de Salta hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el representante del Fisco Nacional, revocó lo resuelto en la instancia anterior y, con remisión a un precedente de ese mismo tribunal, rechazó el planteo de inconstitucionalidad.

Como sustento de su decisión, el *a quo* sostuvo que no obstante el monopolio del Poder Judicial en los procesos ejecutivos, existían casos de ejecuciones extrajudiciales como, entre otros, los supuestos de procedimientos de ejecuciones aduaneras, de prenda de menor cuantía, de la prenda comercial y con registro cuando el acreedor es una institución oficial, bancaria o financiera, de los warrants, de la hipoteca a favor del Banco de la Nación Argentina, etc.; respecto de los cuales la Corte se había pronunciado favorablemente a la validez constitucional de tales normas. Citó a esos efectos los precedentes de Fallos: 139:259; 249:393 y 250:464.

Afirmó, asimismo, que la restricción a las defensas oponibles por el ejecutado —en particular a partir de la modificación introducida por

la ley 23.658– no impidió que los tribunales ejercieran sus facultades propias para morigerar algunos efectos de tales limitaciones, cuando la aplicación lisa y llana de la ley producía iniquidad en el caso concreto. En esa inteligencia, puntualizó que las modificaciones incorporadas por la ley 25.239 al procedimiento establecido por el art. 92 de la ley 11.683 procuraban otorgar mayor celeridad al trámite de cobro de los impuestos, multas, sanciones y recursos de la seguridad social adeudados por los contribuyentes, y que el régimen así diseñado debía ser apreciado en concordancia con la doctrina jurisprudencial aludida.

Ello sentado, ponderó que si el contribuyente, pese a que el requerimiento de pago y su citación fueron proveídos y diligenciados por el ente administrativo, pudo resistirse a la ejecución oponiendo las defensas que estimó conducentes –en el caso de autos, el referido planteo de inconstitucionalidad de la norma procesal y, en subsidio, la excepción de litispendencia– no se advertía, en esa fase, en qué podría residir el menoscabo al ejercicio de la defensa en juicio invocado por aquél. Sin perjuicio de tal conclusión, recalcó la indeclinable facultad judicial de vigilar la regularidad de los actos cumplidos por la administración en el proceso ejecutivo, control que puede ejercerse a instancia de parte o de oficio.

Para concluir, y con relación al embargo preventivo sobre los fondos de las cuentas bancarias de las que fuese titular la demandada, puso de relieve que la adopción de dicha medida fue informada inicialmente al juez, que tiene la potestad que resulta de lo establecido por los arts. 202 al 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la cual no era vedada por la ley 25.239, de manera que no se afectaba la injerencia judicial en resguardo de derechos constitucionales.

4º) Que contra esa decisión, la parte ejecutada interpuso el recurso extraordinario de fs. 91/100 vta., que fue concedido a fs. 108/108 vta. En sus agravios, la apelante argumentó, en síntesis, que la norma impugnada es inconstitucional en cuanto otorga facultades a funcionarios de la administración que, de acuerdo con el sistema de división de poderes, corresponden exclusivamente al Poder Judicial, tales como la firma y el libramiento del mandamiento de intimación de pago y, especialmente, la disposición y traba de medidas cautelares. Según el apelante, se trata de un “pseudo apremio administrativo” que viola los derechos de defensa y propiedad, la garantía del juez natural y del debido proceso.

5°) Que es pertinente señalar que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a audiencia pública de carácter informativo en la presente causa, la que tuvo lugar el 16 de julio de 2008, en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes han sido interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y el instrumento incorporados en el expediente. También tuvo oportunidad de intervenir en ese acto, en condición de amigo del Tribunal, el representante del Centro de Administraciones Tributarias Subnacionales, entonces Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), Dr. Santiago Montoya (confr. fs. 195 y 198/209 vta.).

6°) Que si bien los pronunciamientos dictados en los procesos de ejecución fiscal no revisten, en principio, el carácter de sentencia definitiva que haga viable el remedio federal, en el caso se configura un supuesto de excepción en tanto la cuestión en debate excede el interés individual de las partes y afecta el de la comunidad en razón de su aptitud para incidir en la gestión de las finanzas del Estado y en la percepción de la renta pública (Fallos: 314:1714; 315:683; 316:3019; 318:1413, entre otros), máxime habida cuenta de que la misma cuestión es objeto de controversia en otras muchas causas que han sido resueltas por los jueces de las anteriores instancias mediante pronunciamientos de disímiles alcances.

7°) Que, por lo demás, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se ha objetado la validez e inteligencia de normas de carácter federal y la sentencia ha sido contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48). En este sentido, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expuestos por las partes o el *a quo* sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros).

8°) Que en lo que hace a la cuestión sometida a consideración del Tribunal, cabe señalar que en la ley 25.239, que introdujo diversas modificaciones a la ley 11.683, se facultó a la AFIP a decretar y trabar, por sí, medidas precautorias sobre los bienes del responsable ejecutado. Conforme el mecanismo implementado en el precepto, el agente fiscal, con el sólo recaudo de informar al Juez asignado, puede, sin más trámite y a su sola firma, librar mandamiento de intimación de pago, “decretar

el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución". Incluso, se establece en el precepto que en cualquier estado del proceso el Fisco podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los ejecutados tuvieran depositados en entidades financieras regidas por la ley 21.526. Únicamente en los casos en que se requiera desahucio físico o allanamiento de domicilio se prevé la previa orden del juez competente. Además, en la norma se dispone que la anotación de las medidas que recaigan sobre bienes registrables o cuentas del deudor se practicará por oficio expedido por el agente, que tendrá el mismo valor que una requisitoria y orden judicial.

9º) Que tales modificaciones persiguieron, según las palabras del miembro informante del dictamen de mayoría, diputado Baglini, fortalecer la administración tributaria y acelerar y facilitar la tarea del Fisco en los procesos de ejecución judicial, con el objeto de *"...terminar con el impedimento que tienen hoy los juzgados al verse obligados a tramitar 25.000 expedientes en una secretaría que ni siquiera está especializada en materia aduanera o tributaria, con lo cual termina asfixiada por los papeles y proveyendo los escritos a los dos o cinco meses..."* (confr. "Antecedentes Parlamentarios". La Ley. Buenos Aires. 2000. Tomo 2000-A, pág. 1061 y ss.).

10) Que a los efectos de examinar los agravios expuestos por el recurrente respecto de la normativa en examen es imprescindible recordar que una de las consecuencias derivadas de la "separación de poderes" o "distribución" de los poderes, principio fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica (arts. 1 y afines de la Constitución Nacional), es que corresponde a los tribunales de justicia conocer y decidir las causas que lleguen a sus estrados y hacer cumplir sus decisiones, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.

Si bien se ha admitido que, en pos de adecuar el citado principio a las necesidades de la vida cotidiana, en ciertas oportunidades y bajo estrictas condiciones el Poder Ejecutivo u organismos de la administración realicen funciones jurisdiccionales, ello ha sido bajo la condición de que tal ejercicio no implique un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial, pues lo contrario implicaría autorizar

la supresión o, cuanto menos, la omisión del principio de división de poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas (confr. Fallos: 247:646 “Fernández Arias”).

Es que, en definitiva, no debe perderse de vista que la disposición constitucional que niega al Presidente de la República el ejercicio de funciones judiciales o el derecho de conocer en causas pendientes o de restablecer las fenecidas responde al propósito de poner a cubierto a los habitantes de los abusos del gobierno y al de marcar la línea divisoria de los tres poderes que lo integran (Fallos: 149:175).

11) Que, con sustento en las consideraciones efectuadas, no cabe sino concluir en que, en su actual redacción, el art. 92 de la ley 11.683 contiene una inadmisibles delegación, en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial. En efecto el esquema diseñado en el precepto, al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es “informado” de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de su contraria. Tan subsidiario es el papel que la norma asigna al juez en el proceso que prevé que, para el supuesto de que el deudor no oponga excepciones, sólo deberá limitarse a otorgar una mera constancia de tal circunstancia para que la vía de ejecución del crédito quede expedita (art. 92, párrafo 16).

12) Que esta participación menor e irrelevante que se reserva a los jueces en los procesos de ejecución no sólo violenta el principio constitucional de la división de poderes sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional como en los Pactos internacionales incorporados con tal jerarquía en el inc. 22 de su art. 75 (confr. el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). A tal conclusión es posible arribar a poco de que se observe que, de acuerdo con el sistema implementado en la normativa

cuestionada, tanto la verificación de la concurrencia de los requisitos específicos para la procedencia de las medidas cautelares –“verosimilitud del derecho” y “peligro en la demora”– como la evaluación de su proporcionalidad de acuerdo a las circunstancias fácticas de la causa no son realizadas por un tercero imparcial sino por la propia acreedora, que no tiene obligación de aguardar la conformidad del juez para avanzar sobre el patrimonio del deudor.

13) Que, por otra parte, las disposiciones del art. 92 tampoco superan el test de constitucionalidad en su confrontación con el art. 17 de la Norma Suprema en cuanto en él se establece que la propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella sino es en virtud de una sentencia fundada en ley. No resulta óbice a ello el hecho que lo puesto en tela de juicio sea la potestad de disponer unilateralmente medidas cautelares, pues como correctamente lo señaló el señor Procurador General de la Nación en su dictamen en la causa A.413.XXXVII “AFIP c/ Consorcio Forestal Andina s/ ejecución fiscal” –al que remite en las causas A.570.XXXVII “AFIP c/ Atahualpa S.R.L. s/ ejecución Fiscal” y la presente–, ellas, cualquiera sea su naturaleza, afectan concretamente el derecho de propiedad del individuo, “ya que si bien no importan –en principio– una ablación de su patrimonio, su función es, precisamente, limitar de manera efectiva otros atributos no menos importantes de ese derecho, cuales son los de usar y disponer de él, con función de garantía. A nadie escapa, por dar un ejemplo, que un bien embargado pierde peso económico en el mercado y que limita, en mayor o menor medida, las posibilidades de actuación económica del sujeto...”. En este sentido, no es necesario un profundo examen para advertir las negativas consecuencias económicas que sobre el giro normal de las actividades de cualquier comercio, empresa o particular puede tener la traba de un embargo sobre cuentas o bienes.

14) Que, por otra parte, no puede dejar de señalarse que los reparos hasta aquí formulados fueron advertidos por los propios legisladores en oportunidad de tratar la norma cuya constitucionalidad se pone en tela de juicio. Así, se señaló que “...un recaudador de algún estado feudal del Medioevo no tendría más atribuciones que las que estamos otorgando al agente fiscal. Tiene facultades para todo...” (diputado Pichetto); “...se otorgan a los abogados del fisco, de la parte actora, facultades propias del Poder Judicial...” (diputado Natale); “Hago reserva de constitucionalidad con respecto a la modificación del artículo 92 de la ley de procedimiento. Creo que viola el artículo 8° del Pacto de San

José de Costa Rica y los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional...” (diputada Carrió); “...*Se prescinde del Juez. Se convierte en un procedimiento administrativo y se genera, a mi criterio, una mayúscula inconstitucionalidad...*” (senador Carbonell). Incluso el miembro informante por la mayoría dejó margen a las dudas expresadas al señalar que “...*el proceso puede hallarse al borde de lo judicialmente tolerado –diríamos–, y me hago cargo de esas observaciones porque es posible que haya que transitar con cuidado esta línea...*” (diputado Baglini) (confr. “Antecedentes Parlamentarios”. La Ley. Buenos Aires. 2000. Tomo 2000-A, pág. 1061 y ss.).

15) Que no resulta admisible que a la hora de establecer procedimientos destinados a garantizar la normal y expedita percepción de la renta pública se recurra a instrumentos que quebrantan el orden constitucional. Es que la mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno –por más loable que este sea– en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. Así, se ha sostenido que es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integralidad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1º y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones (Fallos: 247:646).

16) Que, en consecuencia, el régimen establecido en el art. 92 de la ley 11.683 –en cuanto otorga a los funcionarios del organismo recaudador la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares–, en la medida en que no se adecua a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad, es inconstitucional.

17) Que no obstante todo lo hasta aquí expuesto, no es posible soslayar que el cumplimiento de las funciones del Estado, que es deber suyo atender, origina “gastos”, cuya provisión expresamente se contempla en

el art. 4° de la Constitución Nacional. En este sentido, la importancia de la renta pública para la existencia de la Nación ya fue advertida por Alexander Hamilton al sostener que *“El dinero está considerado, con razón, como principio vital del cuerpo político, y como tal sostiene su vida y movimiento y lo capacita para cumplir sus funciones más esenciales. Por consiguiente, una facultad perfecta de allegarse con normalidad y suficiencia los fondos necesarios, hasta donde los recursos de la comunidad lo permitan, debe ser considerada como un elemento componente indispensable en toda Constitución”* (confr. Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John; “El federalista”, XXX, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 119). La relevancia de la cuestión tampoco escapó a Juan Bautista Alberdi para quien *“el Tesoro y el gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su gobierno, no puede existir como Nación independiente, porque no es más el gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo. No poder costear su gobierno, es exactamente no tener medios de ejercer su soberanía; es decir, no poder existir independiente, no poder ser libre. Todo país que proclama su independencia a la faz de las naciones, y asume el ejercicio de su propia soberanía, admite la condición de estos hechos, que es tener un gobierno costeadado por él, y tenerlo a todo trance, es decir, sin limitación de medios para costearlo y sostenerlo; por la razón arriba dicha, de que el gobierno es la condición que hace existir el doble hecho de la independencia nacional y el ejercicio de la soberanía delegada en sus poderes públicos. Desconocer este deber, es hollar el juramento de ser independientes y libres, es abdicar la libertad y entregar el gobierno del país al extranjero, o a cualquiera que tenga dinero para costearlo. Tasar, limitar de un modo irrevocable la extensión de los sacrificios exigidos por el interés bien entendido de la independencia nacional, es aproximarse de aquel extremo vergonzoso”* (confr. “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en “Organización de la Confederación Argentina”, El Ateneo, Madrid, 1913, pág. 211).

18) Que, en este entendimiento, esta Corte ha sostenido que uno de los peores males que el país soporta es el gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que proviene de la evasión o bien de la extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que, en la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la aminoración de esos dañosos factores y comprender que son disvaliosas las soluciones que involuntariamente los favorecen (Fallos: 313:1420

y sus citas). Y, por ello, ha recalcado que los magistrados deben examinar con particular estrictez la adopción de medidas que pudieran afectar el erario público pues la percepción de las rentas del Tesoro –en tiempo y modo dispuestos legalmente– es condición indispensable para el regular funcionamiento del Estado (Fallos: 327:5521; 328:3720; 330:2186; entre muchos otros).

19) Que la agilización de los procedimientos para la percepción de los créditos tributarios resulta ser un objetivo a lograr y a cuya concreción deben colaborar, dentro de la órbita de su competencia, todos los poderes públicos pues, en definitiva, lo que se persigue con ello no es otra cosa más que dotar al Tesoro Nacional de los recursos necesarios para que el Estado pueda dar adecuado cumplimiento con las funciones que constitucionalmente le han sido asignadas.

20) Que la audiencia celebrada ante esta Corte el 16 de julio de 2008 ha resultado sumamente ilustrativa pues tanto la actora como el *amicus curiae* tuvieron oportunidad de demostrar en qué forma las modificaciones implementadas por la ley 25.239 al procedimiento tributario colaboraron tanto para reducir los plazos de aseguramiento y percepción de los créditos reclamados por el Fisco como para disminuir la litigiosidad en la materia. Sin embargo, también quedó suficientemente en claro de las citadas exposiciones que esa celeridad en nada se vería afectada por una adecuada y plena intervención del Poder Judicial en el procedimiento, en tanto y en cuanto se asegure a los tribunales competentes los recursos y la tecnología necesaria para poder responder a los requerimientos del Fisco.

En este sentido, la insuficiencia de recursos humanos y materiales que afrontan los juzgados federales de todo el país con competencia en la materia tributaria fue expresamente reconocida por el representante del Estado Nacional, quien hizo especial hincapié en la situación crítica y de colapso en que se encuentra la administración de justicia en muchas jurisdicciones del país, en las cuales el número de ejecuciones fiscales en trámite excede ampliamente los medios con que cuentan los magistrados que deben tramitarlas (confr. constancias de fs. 34, 66 y exposición sinóptica presentada por el Estado Nacional, en cumplimiento a lo dispuesto en la acordada 30/07 –fs. 174/177–).

Por otra parte, la insuficiencia de la infraestructura judicial para hacer frente a las necesidades del Fisco a la hora de percibir coactiva-

mente la renta pública también fue advertida por el propio legislador quien, a pocos meses de aprobar las modificaciones a la ley 11.683 que aquí se cuestionan, sancionó la ley 25.293 en la que se dispuso la creación de Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias en la Capital Federal y de secretarías con competencia específica en materia de ejecuciones fiscales tributarias en los juzgados federales con asiento en distintas ciudades del país. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido desde la sanción de la ley (julio de 2000) y a la apremiante necesidad que justificó la adopción de esta medida, lo cierto es que, a la fecha, la puesta en marcha de estos tribunales y secretarías apenas ha podido realizarse —en Capital Federal, y sólo parcialmente— por no haberse dotado al Poder Judicial de la Nación de los recursos necesarios para ello.

21) Que, el contexto descrito, la especial trascendencia de la materia examinada así como elementales razones de seguridad obligan a rechazar cualquier inteligencia de la presente decisión que lleve a obstruir o paralizar la adecuada y expedita percepción de la renta pública. Ello es así toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (conf. causas “Tellez”, Fallos: 308:552 y “Rosza”, Fallos: 330:2361).

22) Que, en este sentido, en “Rosza” se recordó que, en el ámbito del derecho constitucional comparado, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que, si bien una ley del Congreso declarada inconstitucional no es ley, que es inoperativa y que no confiere derechos ni impone deberes, su existencia efectiva en forma previa a esa declaración es un hecho operativo cuyas consecuencias no pueden ser *justamente* ignoradas. El pasado no siempre puede ser borrado por una nueva decisión de la justicia. El efecto de una sentencia posterior que declara la invalidez debe ser considerado en diversos aspectos referidos a relaciones particulares —personales y societarias— y a conductas particulares —privadas y oficiales—. Las cuestiones concernientes a derechos que se alegan como adquiridos, al estado legal, a decisiones previas que se consideran firmes y en cuyas consecuen-

cias se ha actuado, y al orden público a la luz de la naturaleza de la ley y de su anterior aplicación requieren ser examinadas. Estos interrogantes aparecen entre los más difíciles que han ocupado la atención de los tribunales, estatales y federales; y surge en forma manifiesta de numerosas sentencias que la afirmación general de un principio de invalidez retroactiva absoluta no puede ser justificada (conf. doctrina emanada de los casos “Norton vs. Shelby County” 118 U.S. 425, “Chicot County Drainage Dist. vs. Baxter State Bank” 308 U.S. 371, 374).

23) Que, en esta línea de razonamiento resulta claro que, decisiones con las repercusiones de la presente, no pueden dictarse desatendiendo las consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar la eventual afectación de la percepción de la renta pública, establezca pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo.

Para satisfacer ese objetivo, resulta necesario admitir la validez de las medidas cautelares que, al amparo de las disposiciones del art. 92 de la ley 11.683, los funcionarios del Fisco Nacional hayan dispuesto y trabado hasta el presente, sin perjuicio de que los jueces de la causa revisen en cada caso su regularidad y procedencia en orden a los demás recaudos exigibles. En cambio, no habría justificación alguna para dejar subsistentes medidas precautorias dispuestas por los funcionarios de la AFIP con posterioridad a la presente sentencia puesto que a partir de que esta Corte se pronuncia declarando el vicio constitucional que afecta el procedimiento previsto por la citada norma, nada obsta a que las medidas cautelares que el organismo recaudador considere necesario adoptar en lo sucesivo, sean requeridas al juez competente para entender en el proceso ejecutivo, y que sea tal magistrado quien adopte la decisión que corresponda.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca parcialmente la sentencia apelada, con la salvedad que resulta de lo expresado en el considerando 23, y se declara la inconstitucionalidad del inc. 5° del art. 18 de la ley 25.239, sustitutivo del art. 92 de la ley 11.683 con los alcances indicados en la presente. Costas por su orden en atención a la complejidad de la cuestión debatida y la forma en que se resuelve.

Notifíquese y devuélvase a fin de que el tribunal de origen, por quien corresponda, proceda de acuerdo con lo aquí decidido.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que los infrascriptos adhieren a los considerandos 1º a 7º del voto de la mayoría que se dan por reproducidos en razón de brevedad.

8º) Que es verdad, como lo afirma el *a quo* y no ha sido negado por la apelante, que nuestro ordenamiento jurídico presenta casos de procedimientos ejecutivos que se llevan a cabo fuera de la órbita del Poder Judicial y que esta Corte no formuló a su respecto objeciones de índole constitucional (confr. Fallos: 139:259; 176:267; 177:13; 184:490 y 323:809). También lo es que el derecho latinoamericano ofrece múltiples ejemplos de legislaciones que, siguiendo la tradición de España, tienen un sistema de cobro coactivo de obligaciones tributarias puramente administrativo, sistema también aplicado en los Estados Unidos (confr. Ramón Valdés Costa, *Instituciones de Derecho Tributario*, 1992, pág 349).

En el caso de Estados Unidos, su Corte Suprema ha considerado, desde antiguo, constitucional la legislación que, con el propósito de asegurar un rápido cumplimiento de las obligaciones pecuniarias debidas a la Nación establece procedimientos administrativos de apremio, si se acuerda una adecuada oportunidad para la posterior determinación judicial de los derechos en cuestión (conf. *United States v. James Daniel Good Real Property*, 510 US 43 (1993)). Para pronunciarse así afirmó, entre otros argumentos, que todos los gobiernos, en todas las épocas, han encontrado necesario adoptar medidas rigurosas para recaudar los impuestos y ser rígidos en la aplicación de ellas (“Cheatham

v. *United States* 92 US 85 (1875); “*State Railroad Tax Cases*” 92 US 575 (1875); “*Springer v. United States*” 102 US 586 (1880); “*Snyder v. Marks*” 109 US 189 (1883) “*Hagar v. Reclamation District N° 108*” 111 US 701 (1884); “*Phillips v. Commissioner of Internal Revenue*” 283 US 589 (1931), entre otros). En ese orden de ideas, señaló que cuando sólo se encuentra comprometido el derecho de propiedad, la mera postergación del examen judicial no constituye una denegación del debido proceso si la oportunidad que se da para la determinación final de la responsabilidad resulta adecuada, habida cuenta de que la demora en la determinación judicial del derecho de propiedad no es inusual cuando resulta necesaria la satisfacción inmediata de las necesidades del gobierno (conf. “*Springer v. United States*”, “*Phillips v. Commissioner of Internal Revenue*” –ya citados– y “*Scottish Union & National Insurance Co v. Bowland* 196 US 611 (1905)”).

9º) Que la ejecución fiscal, tras la reforma introducida por la ley 25.239, continúa revistiendo el carácter de un proceso judicial que se desarrolla bajo la dirección de un juez, sin que obsten a ello las atribuciones que la ley confiere a la administración tributaria. Es verdad que el otorgamiento de tales atribuciones otorga un matiz peculiar al proceso, pero lo determinante a los efectos de su caracterización reside en que la potestad para decidir cualquier cuestión litigiosa que se plantee en su curso o para pronunciarse sobre la validez o nulidad de los actos o diligencias, sobre su mantenimiento, sustitución o revocación permanece en cabeza del juez.

10) Que, en tal sentido, corresponde destacar que el art. 92 de la ley 11.683 define a la ejecución regulada en él como un “cobro judicial” (párrafo primero), y más adelante (párrafo quinto) establece expresamente que “la ejecución fiscal será considerada juicio ejecutivo a todos sus efectos”, y que sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el capítulo XI del título I de esa ley se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Entre éstas últimas adquiere una especial relevancia la prescripta en la primera parte del art. 531 en cuanto impone al juez, en una etapa liminar del proceso, la realización de un cuidadoso examen del instrumento con que se deduce la ejecución a fin de determinar, precisamente, si se trata de un título de los que, según la ley, llevan aparejada ejecución. En este punto cabe poner de relieve que ninguna norma de las contenidas en el mencionado capítulo de la ley 11.683 obsta a que el juez realice ese examen ni le impiden, si su juicio sobre la habilidad del título es negativa, disponer

que no prosiga el apremio y, en su caso, dejar sin efecto los actos que pudieron haberse cumplido. En tal sentido, el párrafo octavo del art. 92, pese a cierta ambigüedad en su texto, no puede sino ser interpretado en el sentido de que el agente fiscal debe, en su primera presentación ante el juez, acompañar el título en que se funda la ejecución, carga que en el *sub lite* ha sido cumplida (confr. fs. 1/4 bis).

11) Que, como surge de lo expresado, la situación no es entonces susceptible de ser identificada con la de aquellos países en los cuales se ha optado, lisa y llanamente, por estructurar los procesos de apremio tendientes a obtener el cobro de tributos y otros conceptos debidos al Estado como un procedimiento a desarrollarse en sede administrativa, y sería, por ende, inoficioso detenerse a considerar si una solución de ese tipo resultaría adecuada a nuestro orden constitucional. Sin embargo, y con la indicada comprensión, la referencia hecha precedentemente no resulta ociosa porque es altamente ilustrativa acerca de las soluciones drásticas que han considerado necesarias adoptar los distintos gobiernos para hacer expedita la recaudación de impuestos ya que, como ha tenido oportunidad de señalarlo reiteradamente este Tribunal, la percepción de las rentas públicas en el tiempo y modo dispuestos por la ley es condición indispensable para el funcionamiento regular del Estado (Fallos: 235:787; 312:1010, entre otros), o, en palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se trata de la sangre vital del Gobierno, cuya rápida y cierta disponibilidad constituye una necesidad imperiosa (“Bull v United States”, 295 US 247 (1935)).

12) Que, precisamente, las modificaciones que la ley 25.239 introdujo en el art. 92, obedecieron al propósito de superar, o al menos atenuar, las demoras en los procesos de ejecución fiscal –y de la consiguiente percepción de las rentas públicas– derivadas de la extraordinaria cantidad de juicios de esa clase radicados en los juzgados federales, que impedían que su trámite fuese llevado adelante en plazos adecuados (conf. intervención del diputado Baglini en el debate parlamentario, “Antecedentes Parlamentarios”, Buenos Aires, La Ley, 2000-A, pág. 1061 y ss.).

13) Que, como ya fue adelantado, la respuesta que concibió el legislador para superar la situación señalada fue mantener el carácter judicial del proceso, pero otorgando al agente fiscal representante de la AFIP facultades para realizar ciertos actos y diligencias. En orden a ello, la circunstancia de que la ley otorgue atribuciones a tales funcio-

narios administrativos –después de que éstos se hayan presentado ante el juez observando todos los recaudos prescriptos por el párrafo octavo del art. 92– para suscribir y librar el mandamiento de intimación de pago y embargo, con la citación a oponer excepciones, es indudable que no afecta la sustancia del proceso ni el derecho de defensa del contribuyente, quien podrá presentarse ante el juez competente oponiendo las excepciones que estime pertinentes o, en su caso, impugnando la validez del acto o diligencia si hubiesen sido cumplidos irregularmente. En este sentido, cabe destacar que, en caso de oponerse excepciones, éstas serán resueltas por el juez, previo traslado al agente fiscal.

14) Que, de tal modo, se cumple el requisito que, desde antiguo, esta Corte ha considerado indispensable para que el derecho de defensa no sufra agravio: que el litigante tenga la oportunidad de ser oído y se encuentre en condiciones de ejercer sus derechos en la forma que establecen las leyes respectivas (Fallos: 205:9, entre otros).

15) Que, precisamente, en el caso de autos, la aplicación de las normas procesales cuya validez constitucional impugna la demandada, no le ha impedido a ésta incluso, oponer subsidiariamente la excepción de litispendencia. En tales circunstancias, carecen de fundamento los invocados agravios al derecho de defensa, al juez natural, al debido proceso y a la división de poderes. En efecto, la administración fiscal ha planteado ante un magistrado la pretensión de ejecutar un acto administrativo, el contribuyente ha tenido la oportunidad de defenderse, la ha ejercido, y será el juez competente quien determine si admite la excepción o si manda llevar la ejecución adelante.

16) Que, por lo demás, debe destacarse que en el supuesto en que la decisión fuese desfavorable a la aquí demandada, ésta tendrá oportunidad de hacer valer en un juicio ordinario posterior, con total amplitud, los derechos que pudieren asistirle.

17) Que, por otra parte, la tacha de inconstitucionalidad derivada de la circunstancia de que la ley establezca que en el supuesto en que no se hayan opuesto excepciones en el plazo conferido para hacerlo, el representante de la AFIP requerirá al juez “constancia de dicha circunstancia, dejando de tal modo expedita la vía de ejecución del crédito reclamado, sus intereses y costas” no es apta para dar sustento al recurso extraordinario. En efecto, sin perjuicio de que éste no es el supuesto que se ha configurado en autos pues, como se señaló, el con-

tribuyente opuso la excepción de litispendencia es dable advertir que también en aquella hipótesis el magistrado –pese a que la ley alude sólo a una “certificación”– tiene plena potestad para revisar y controlar que el trámite se haya desarrollado regularmente y, por consiguiente, para anular el proceso en caso de juzgar que estuviese viciado por algún defecto, ya que solo con esta comprensión adquiere sentido que la ley requiera la intervención del juez.

18) Que, sentado lo que antecede, cabe examinar los agravios referentes a la medida cautelar. La norma impugnada faculta a la Administración Federal de Ingresos Públicos, por intermedio del agente fiscal, a “decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución”, entre ellas el embargo general de los fondos y valores que los deudores tengan depositados en entidades financieras regidas por la ley 21.526. En el caso de autos, en ejercicio de tales facultades, el representante del Fisco Nacional informó que libraría un oficio al Banco Central de la República Argentina a los fines previstos por esa norma (fs. 5). La demandada afirma que la medida cautelar dispuesta por el organismo recaudador se opone, al art. 17 de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley.

19) Que, en primer lugar, debe destacarse que no se trata de un supuesto de “privación” de la propiedad, sino de una afectación meramente provisional del derecho a disponer de los bienes objeto de la cautela, con el propósito de asegurar el cobro de un crédito expresado en un instrumento al cual la ley confiere el carácter de ejecutivo. La circunstancia de que se trate de una afectación meramente provisional explica que los ordenamientos procesales establezcan, de ordinario, que tal clase de medidas puedan adoptarse sin necesidad de oír previamente al afectado.

20) Que, en orden a ello, el art. 92 de la ley 11.683 exige que en la presentación inicial ante el juez, el agente fiscal informe “las medidas precautorias a trabarse” (párrafo octavo). Si en el curso del proceso la administración considerase necesarias otras medidas cautelares, también deberá indicarlás al juez (párrafo décimo). Asimismo, la ley

dispone expresamente que si “cualquier medida precautoria resulte efectivamente trabada antes de la intimación al demandado, éstas deberán serle notificadas por el agente fiscal dentro de los cinco (5) días siguientes de tomado conocimiento de la traba por el mismo” (párrafo décimo tercero). Por otra parte, la ley prescribe expresamente que en “los casos en que se requiera desapoderamiento físico o allanamiento de domicilios (el agente fiscal) deberá requerir la orden respectiva del juez competente” (párrafo décimo segundo).

21) Que, en consecuencia, si bien la ley faculta al organismo recaudador a disponer por sí medidas precautorias, se advierte una clara preocupación del legislador para que el juez esté en conocimiento de ellas. El sentido de la norma es someter la conducta de la Administración a un inmediato control judicial, que podrá ser ejercido de oficio o a pedido del afectado por tales medidas, con anterioridad a su concreción o con posterioridad a ella. No hay disposición alguna en el extenso art. 92 que limite la competencia de los jueces para impedir la traba de tales medidas o para dejarlas sin efecto, sustituirlas por otras o limitarlas, cuando ello sea necesario a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes (arts. 203 a 205 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

22) Que, en tales condiciones, no se advierte la lesión al derecho de propiedad invocada por el contribuyente. En orden a ello, resulta equivocado considerar que el art. 17 de la Constitución Nacional veda de modo absoluto toda interferencia en los derechos patrimoniales de los particulares producida por actos de la administración. En efecto, lo contrario importaría negar que en situaciones en que está comprometido el interés público, que muchas veces requiere de una inmediata satisfacción, el legislador pueda adoptar soluciones que tutelen la acción de los órganos administrativos y, por ende, el interés de la comunidad siempre que se preserve el derecho de los particulares. Lo relevante en tales casos es que la disposición legal guarde razonabilidad y que el afectado pueda obtener un suficiente control judicial de lo actuado por la administración (doctrina de Fallos: 247:646), de manera que la decisión final sobre sus derechos quede en manos de un juez.

23) Que una compulsas de la jurisprudencia del Tribunal permite advertir la existencia de numerosos precedentes en los cuales en aras de la eficaz protección de intereses públicos se ha considerado válido el accionar de la Administración que se proyectó sobre la esfera de los derechos patrimoniales de los particulares, siempre que se dieran las

condiciones a las que precedentemente se ha hecho referencia (conf. Fallos: 128:296; 161:209 y 343; 199:448, entre otros).

24) Que, por último, para descartar que el embargo preventivo trabado constituya un supuesto de privación de la propiedad sin “sentencia fundada en ley” (art. 17 de la Constitución Nacional), basta con agregar que tal clase de medidas es por naturaleza una restricción provisional del derecho de propiedad que, si bien afecta la disponibilidad de los bienes, no altera la titularidad del dominio de éstos, la cual se mantiene en cabeza del propietario (cf. Fallos: 300:214; Pietro–Castro Ferrandiz, L. “Derecho Procesal Civil”, Segunda Parte, Madrid, Revista de Derecho Privado, Madrid 1965, página 370; Ramos Méndez, Francisco, “Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1990, página 1049), a lo que se añade la intervención que le cupo al juez de la causa y el alcance con que fue pedido el embargo de bienes. En efecto, según lo informó la Administración en su presentación inicial ante el juzgado competente, se libraría el oficio para trabar el embargo sobre los fondos y valores del ejecutado con el recaudo de que “...los fondos embargados deberán retenerse en la entidad [en la que se hallaran depositados] a las resultas de la orden judicial de transferencia a la cuenta de autos y a la orden de ese Juzgado” (fs. 5). Dicha medida, por lo demás, pudo ser examinada por el juez antes de su libramiento y así lo fue al disponer aquél que se tenga presente “...las cautelares informadas por el agente fiscal” (fs. 6).

25) Que tampoco corresponde admitir la impugnación constitucional que la recurrente efectúa con sustento en el art. 18 de la Constitución Nacional, en los arts. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el principio del “juez natural”.

Al respecto cabe señalar, en primer término, que una consolidada jurisprudencia del Tribunal expresa que la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional no debe ser considerada por los jueces cuando quien la invoca –como ocurre en autos– no explica de un modo concreto cuáles son las defensas o pruebas de que se ha visto privado ni la relación que media entre ellas y el resultado del litigio (Fallos: 299:307; 300:178 y 590; 301:505; 313:1461; 315:406; 323:809) y porque dicha garantía que reconoce a “...los habitantes del país el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia” (Fallos: 311:700, considerando 4º y el allí citado) requiere, en su aspecto más primario,

que no se prive a nadie arbitrariamente de la oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino por medio de un proceso conducido en legal forma que concluya con el dictado de una sentencia fundada (Fallos: 312:767; 315:952, considerando 9º y los allí citados; 315:1418). En el mismo sentido, ha sostenido esta Corte que “... el derecho a la jurisdicción, consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y expresamente en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, importa la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros)” –ver Fallos: 319:2925– y que, no obstante haberse procedido en las actuaciones administrativas con lesión a la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, debe considerarse reparado el agravio si la actuación judicial posterior brinda oportunidad para el regular ejercicio del derecho en cuestión (Fallos: 205:549 y los allí citados).

En efecto, en el caso de autos, es palmaria la ausencia de prueba acerca de la vulneración del derecho de defensa, pues dentro del marco del juicio de ejecución fiscal que impuso la ley 25.239, a los pocos días de haber procedido el oficial de justicia “ad-hoc” a intimar el pago de la deuda (fs. 8), la demandada se presentó ante el juez de la causa haciendo valer plenamente sus derechos, esto es, planteó la nulidad de la intimación recibida con sustento en la inconstitucionalidad de las normas tributarias aplicadas y opuso, subsidiariamente, la excepción de litispendencia (fs. 15/23). Dichas defensas fueron tratadas y resueltas por dos instancias judiciales, lo que origina, precisamente, el control constitucional que a este Tribunal le incumbe.

26) Que a lo expresado precedentemente, se añade la elaboración de una abundante jurisprudencia de esta Corte en relación a que resulta compatible con la Constitución Nacional la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones de índole administrativa con potestades de tipo jurisdiccional destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración, pero bajo la condición de que el pronunciamiento emanado de la autoridad administrativa quede sujeto a un “control judicial suficiente”, es decir, a un control ante los jueces ordinarios que será más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica y la magnitud de aquellos intereses, y que implicará negar a los organismos administrativos la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho

controvertidos (ver Fallos: 247:646, en especial, considerandos 9º, 14, 19 y los allí citados; 244:548; 247:344; 249:715; 267:97, entre otros).

Lo expuesto se compadece con el alcance que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha otorgado al art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues en dicho artículo, bajo la denominación de “Garantías Judiciales”, no sólo se consagra el derecho a “un recurso judicial propiamente dicho”, sino que se “...reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Opinión Consultiva 9 (OC-9/87), del 6 de octubre de 1987).

27) Que tampoco cabe admitir la impugnación de la ley 25.239 con sustento en que, al permitir que un funcionario administrativo trabe medidas precautorias como la discutida en autos –que, según el apelante serían de estricta índole judicial– aquella norma vulnera el principio de que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un **juez o tribunal competente, independiente e imparcial...**”, establecido en el art. 8, párrafo 1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en una redacción casi idéntica, por el art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sobre el particular cabe recordar lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del citado art. 6.1, a cuya jurisprudencia corresponde acudir para interpretar la primera de las convenciones internacionales antes mencionadas, según lo señaló esta Corte en Fallos: 312:2490, considerando 6º y en el fallo entonces citado.

Así, en la sentencia pronunciada en el caso “Lauko c/ Eslovaquia”, el 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la multa impuesta al actor por un órgano de la administración (“le bureau local”) y confirmada por otro de idéntica naturaleza (“le bureau de district”), por infringir una ley sobre contravenciones en materia de vecindad, no podía ser considerada como una decisión emanada de un tribunal “independiente” del ejecutivo en el sentido del art. 6.1, puesto que –básicamente– se trata de órganos que ejercen la administración local del Estado bajo control del gobierno y sus directores son designados por el ejecutivo, razón por la cual hay una ausencia de garantías frente a las presiones exteriores, así como también, de toda apariencia de independencia. Sin embargo, acto se-

guido acotó que: si confiar a las autoridades administrativas la tarea de perseguir y reprimir las contravenciones no es incompatible con la Convención, es necesario subrayar, sin embargo, que el interesado debe poder someter toda decisión tomada contra él a un tribunal que ofrezca las garantías del artículo 6. Ahora bien, en este caso, el requirente no pudo hacer reexaminar las decisiones del “bureau local” y del “bureau de district” por un tribunal independiente e imparcial ya que la Cour constitutionnelle ha rechazado su recurso alegando que “los tribunales [solamente] pueden controlar la legalidad de las decisiones administrativas concernientes a contravenciones que en [el] caso de multa sobrepasen las 2.000 SKK” (coronas eslovacas) –ver, “Lauko c. Slovaquie”, Cour Européenne des Droits de L’Homme, Recueil des arrêts et décisions, 1998-VI, N° 88, páginas 2492 y siguientes, párrafos 16 y 64–. Ver, en la misma publicación, “Kadubec c. Slovaquie”, 1998-VI, N° 89, páginas 2518 y siguientes. En consecuencia, resulta claro que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el hecho de que un órgano administrativo que ejerce facultades jurisdiccionales no sea un tribunal “independiente e imparcial”, no lesiona la cláusula del art. 6.1 de la Convención, a condición de que después exista un tribunal de esas características que pueda rever la decisión.

En el mismo orden de ideas, aquel tribunal sostuvo que un sistema donde las autoridades fiscales de carácter administrativo pueden imponer sanciones tales como un recargo impositivo no resultaba incompatible con el art. 6 de la mencionada Convención si el contribuyente podía llevar la decisión que lo afectara ante un tribunal judicial con poder suficiente para anular lo decidido, incluyendo aspectos de hecho y derecho sobre la decisión cuestionada (sentencia pronunciada en el caso “Vastberga Taxi Aktiebolag y otro c/ Suecia” ([2002] ECHR 36985/97), el 23 de julio de 2002).

28) Que lo expresado en el primer párrafo del considerando penúltimo, lleva a rechazar la impugnación que el apelante efectúa con base en que se habría vulnerado el principio de división de poderes consagrado por el art. 109 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994 (que mantiene la antigua redacción del art. 95 de la Constitución Nacional de 1853), pues la aceptación de facultades de naturaleza jurisdiccional en las condiciones antes referidas, tuvo por sustento la admisión de una suerte de morigeración o de adaptación universal de aquel principio frente a intereses colectivos que de lo contrario sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos (ver

lo expresado por la mayoría del Tribunal en el conocido precedente de Fallos: 247:646, en especial, considerandos 5° y 10, frente a la postura más restrictiva que traduce el voto disidente de los jueces Boffi Boggero y Aberastury).

29) Que, por último, respecto de la invocada violación de la garantía constitucional de los jueces naturales, que en el juicio del recurrente consistiría en una indebida concesión de facultades “judiciales” a la administración, cabe señalar que aquélla no guarda relación directa con la cuestión debatida en la causa, pues desde antiguo el Tribunal ha mantenido que dicha garantía tiene por objeto asegurar a los habitantes del país una **justicia imparcial** y “...sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada” (Fallos: 234:482 y 637; 236:528; 237:673; 310:2845, entre muchos otros), circunstancias que en modo alguno se configuran en el régimen delineado por la ley 25.239.

30) Que, descartadas como han quedado las impugnaciones de orden constitucional dirigidas contra la ley 25.239 y, sin abrir juicios sobre el peculiar sistema de juicio de ejecución fiscal que en aquélla se estableció —pues el acierto, la conveniencia o la eficacia del régimen instaurado constituye una cuestión de política legislativa ajena a la jurisdicción de los magistrados (doctrina de Fallos: 306:1964 y 324:3184, entre muchos otros)—, corresponde confirmar el pronunciamiento apelado .

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1° a 7° de la mayoría, que se dan por reproducidos.

8º) Que la ejecución fiscal, a partir de la reforma de la ley 11.683 por la ley 25.239, continúa revistiendo el carácter de un proceso judicial que se desarrolla bajo la dirección de un juez, sin que obstene a ello las atribuciones que la ley confiere a la administración tributaria. Es verdad que ciertos actos de la ejecución fiscal ahora son llevados a cabo directamente por el agente fiscal, pero lo determinante a los efectos de su caracterización reside en que la potestad para decidir cualquier planteo legal que se realice en su curso, incluido el control de constitucionalidad, o para pronunciarse sobre la validez o nulidad de los actos o diligencias, sobre su mantenimiento, sustitución, o revocación o para disponer el allanamiento del domicilio, siempre está en cabeza de un magistrado judicial.

9º) Que, en tal sentido, corresponde destacar que el art. 92 de la ley 11.683 define a la ejecución regulada en él como un “cobro judicial” (párrafo primero), y más adelante establece expresamente que “la ejecución fiscal será considerada juicio ejecutivo a todos sus efectos”, y que sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el capítulo XI del Título I de esa ley se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (párrafo quinto). La remisión al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vuelve a aparecer en los párrafos 15 y 16 del art. 92 de la ley 11.683.

Asimismo la norma cuestionada requiere que la demanda de ejecución fiscal sea presentada “ante el Juzgado con competencia tributaria, o ante la Mesa General de Entradas de la Cámara de Apelaciones u Organo de Superintendencia Judicial pertinente en caso de tener que asignarse el juzgado competente” y al indicar la medida precautoria dispuesta se exige indicar el “juez asignado interviniente y la sede del juzgado”. La norma también dispone que “para los casos en que se requiera desapoderamiento físico o allanamiento de domicilios deberá requerir la orden respectiva del juez competente”. Las excepciones opuestas por el ejecutado deben presentarse ante el Juez asignado y el Juez debe ordenar “el traslado ... al ejecutante, debiendo el auto que así lo dispone notificarse personalmente o por cédula al agente fiscal interviniente...”. Asimismo, “previo al traslado el juez podrá expedirse en materia de competencia”. Finalmente, la liquidación formulada por el Fisco puede ser impugnada “ante el juez asignado interviniente que la sustanciará conforme el trámite pertinente de dicha etapa del proceso de ejecución reglado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. En caso de no aceptar el ejecutado la estimación de honorarios administrativa, se requerirá regulación judicial.

10) Que como se advierte de la transcripción de todas estas normas, existe una constante intervención del juez en la ejecución fiscal. Asimismo, entre las normas del Código Procesal Civil y Comercial citadas, adquiere una especial relevancia lo prescripto en la primera parte del art. 531 en cuanto impone al juez, en una etapa liminar del proceso, la realización de un cuidadoso examen del instrumento con que se deduce la ejecución a fin de determinar, precisamente, si se trata de un título de los que, según la ley, son de los que llevan aparejada ejecución.

En este punto, cabe poner de relieve que ninguna norma de las contenidas en el mencionado capítulo de la ley 11.683 obsta a que el juez realice ese examen ni le impiden, si su juicio sobre la habilidad del título es negativa, disponer que no prosiga el apremio y, en su caso, dejar sin efecto los actos que pudieron haberse cumplido. En tal sentido, el párrafo octavo del art. 92 no puede sino ser interpretado en el sentido de que el agente fiscal debe, en su primera presentación ante el juez, acompañar el título en que se funda la ejecución, carga que en el *sub lite* ha sido cumplida (confr. fs. 1).

11) Que, como surge de lo expresado, la situación no es entonces susceptible de ser caracterizada como un proceso puramente administrativo o como una ejecución que se lleva a cabo fuera de la órbita del Poder Judicial.

12) Que, precisamente, las modificaciones que la ley 25.239 introdujo en el art. 92, obedecieron al propósito de superar, o al menos de atenuar, las demoras en los procesos de ejecución fiscal –y de la consiguiente percepción de las rentas públicas– derivadas de la extraordinaria cantidad de juicios de esa clase radicados ante los juzgados federales, que impedían que su trámite fuese llevado adelante en plazos adecuados. Se buscó entonces hacer más expeditiva esta ejecución alivianando la tarea del tribunal pero sin transformar el juicio de apremio fiscal en un proceso exclusivamente administrativo.

En tal sentido, el miembro informante, en su exposición durante el debate parlamentario de la reforma tributaria, al explicar el cambio propuesto en relación al juicio de ejecución fiscal sostuvo que “está inserto en esta iniciativa el fortalecimiento de la administración tributaria, motivo por el cual se destina un capítulo a las modificaciones a los procedimientos tributarios que [...] tiende a acelerar la tramitación de los juicios fiscales, sin dejar sin garantía de defensa a quienes

resulten perseguidos por el cobro de los impuestos. Se trata de un sistema que cuando se aplique contribuirá fundamentalmente a descargar una inmensa masa de papeles de los tribunales y a acelerar los procedimientos, otorgando todas las garantías del caso, no permitiendo que la propia administración fiscal se transforme en juez y parte, e imponiendo la participación de un profesional matriculado con responsabilidad penal que llega incluso a la pérdida de su matrícula, además de las sanciones personales y funcionales, en el caso de que exceda los límites del procedimiento establecido” (Antecedentes Parlamentarios, Editorial La Ley, tomo 2000-A, pág. 1065).

13) Que tampoco resulta sobreabundante recordar las numerosas situaciones de nuestro ordenamiento jurídico que presentan casos de ejecuciones administrativas que, como tales, se llevan a cabo fuera de la órbita del Poder Judicial y cuya constitucionalidad ha sido siempre mantenida por este Tribunal (Fallos: 139:259; 176:267; 184:490 y 249:393 –Banco Hipotecario Nacional–; Fallos: 177:13 –Banco de la Provincia de Buenos Aires–; Fallos: 268:213 y 323:809 –Banco de la Nación Argentina–; y Fallos: 138:157 –prenda agraria–).

14) Que en tal sentido cabe recordar las prerrogativas otorgadas a los bancos oficiales, tales como el Banco de la Nación Argentina (Carta Orgánica – ley 21.799, art. 29); el antiguo Banco Hipotecario Nacional (Carta Orgánica, art. 44 del decreto 540/93 y art. 45 de la ley 22.232); el ex Banco Industrial de Desarrollo y de la ex Caja Nacional de Ahorro y Seguro y en igual medida de otros bancos oficiales como el caso del art. 11 del decreto-ley 9372/63 ratificado por ley 16.478 (que autoriza al Banco Ciudad de Buenos Aires a vender en remate público y sin citación del deudor las prendas correspondientes a empeños vencidos), o de normas de bancos provinciales tales como el Banco de Mendoza (ley 5805, art. 23, actualmente derogado por ley 6276, art. 9), el Banco de Previsión Social (ley 3894, que otorga facultades similares al Banco de Mendoza), el Banco Municipal de La Plata (ley 6722 de 1962) y la del Banco Social de Córdoba (art. 24, ley 3954 reglamentada por decreto 23.723/42). En general puede decirse que en la mayoría de estos casos es el mismo banco el que organiza la subasta, la realiza e incluso tiene facultades para adjudicarse el bien en caso de ausencia de ofertas.

15) Que, asimismo, la ley 24.441 (arts. 52 y siguientes) legisló el régimen especial de ejecución de hipotecas en el derecho argentino. En el proyecto original de la ley 24.441, el Título V contenía la palabra

“extrajudicial”, que luego se cambió quedando como denominación la de “Régimen especial de ejecución de hipotecas”. No obstante ello, la ley 24.441 legisló este procedimiento como extrajudicial, por cuanto gran parte de las actuaciones ocurren fuera de los tribunales y sin orden judicial, aunque no por ello deja de tener intervención el juez. La citada norma permite al acreedor hipotecario, en los casos en que así se haya pactado, proceder a rematar el inmueble por la vía extrajudicial, una vez cumplidos ciertos pasos enunciados en los arts. 53 y siguientes de la ley 24.441. Como la ejecución extrajudicial de esta ley sólo puede ser llevada a cabo si las partes la han pactado, se trata de un sistema convencionalmente aceptado.

16) Que también en relación a las facultades del Banco Hipotecario, esta Corte tiene dicho que “La facultad del Banco Hipotecario de vender por sí y ante sí los bienes hipotecados con sujeción a los preceptos de su ley y reglamento, comporta una seguridad insustituible para los intereses de la institución, que no deben ser perturbados con las complicaciones y dilaciones propias de los procedimientos judiciales. Los jueces no pueden suspender o trabar el procedimiento del Banco para el ejercicio de sus facultades o para la venta de los inmuebles hipotecados” (Fallos: 249:393; 268:213; 323:809).

17) Que en el caso de Fallos: 268:213 este Tribunal se encargó de señalar “la inexistencia de la violación de las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional que se dicen vulneradas. En cuanto al primero, porque la pérdida de la propiedad se conjura pagando la deuda que da origen a la ejecución. En lo que atañe al segundo, porque aquél podrá hacer valer sus derechos con toda amplitud en la acción ordinaria, si realmente el procedimiento ha sido arbitrario o irregular, con toda garantía que supone la solvencia del Banco de la Nación Argentina”. A similares conclusiones se arribó en relación al Banco de la Nación Argentina en Fallos: 323:809 y en relación al Banco Provincia de Buenos Aires en Fallos: 177:13.

18) Que si bien es cierto que —a diferencia del presente—, en esos supuestos se hizo expresa alusión a la existencia de una convención libremente pactada —lo que ocurre también en el caso de la ley 24.441— donde el deudor acepta expresamente las mencionadas prerrogativas, renunciando expresamente a los beneficios que pudieran derivar de la sustanciación de un procedimiento previo ante la justicia (Fallos: 139:259, considerando 8º y 268:213, considerando 9º) lo hasta aquí ex-

puesto demuestra que en el Derecho argentino encontramos numerosos institutos que con claras finalidades prácticas –evitar la excesiva recarga de los tribunales, disminuir los costos o acelerar los procesos de ejecución– autorizan la liquidación de bienes permitiendo la realización de ciertos actos fuera del ámbito judicial sin que pueda considerarse –como se ha resuelto hasta la fecha–, que hay agravio constitucional si de algún modo existe la posibilidad de control judicial.

19) Que si en las situaciones citadas en los considerandos anteriores se convalidó la constitucionalidad de facultades que permiten disponer en forma definitiva de la propiedad, fácil es concluir que actos procesales como librar mandamiento de intimación de pago y embargo dispuestos dentro del marco de una ejecución fiscal y con pleno control del tribunal no puede considerarse lesiva de derecho constitucional alguno.

20) Que, como ya fue adelantado, la respuesta que concibió el legislador para superar la situación señalada en el considerando 12 fue mantener el carácter judicial del proceso, pero otorgando al agente fiscal representante de la AFIP facultades para realizar ciertos actos y diligencias. En orden a ello, la circunstancia de que la ley otorgue atribuciones a tales funcionarios administrativos –para suscribir y librar el mandamiento de intimación de pago y embargo, con la citación a oponer excepciones–, es indudable que no afecta la sustancia del proceso ni el derecho de defensa del contribuyente, quien podrá ocurrir ante el juez competente oponiendo las excepciones que estime pertinentes o, en su caso, impugnando la validez del acto o diligencia si éstos hubiesen sido cumplidos irregularmente. En este sentido, cabe destacar que, en caso de oponerse excepciones, éstas serán resueltas por el juez, previo traslado al agente fiscal (art. 92, párrafo 15, ley 11.683).

21) Que de tal modo se cumple el requisito que desde antiguo esta Corte ha considerado indispensable para que el derecho de defensa no sufra agravio: que el litigante tenga la oportunidad de ser oído, se encuentre en condiciones de ejercer sus derechos en la forma que establecen las leyes respectivas (Fallos: 205:9, entre otros).

22) Que precisamente en el caso de autos, la aplicación de las normas impugnadas no le han impedido a la demandada oponer la excepción de litispendencia, todavía no resuelta por el juez de la causa. En tales condiciones carecen de fundamento los invocados agravios al derecho de defensa.

23) Que por otra parte, del examen de los casos que obran en este Tribunal surge que los jueces que entienden en estas ejecuciones fiscales, al despachar las mismas, han dispuesto tener presente la medida cautelar y en algunos casos hasta han ejercido el control de constitucionalidad de oficio declarando la invalidez de las normas aquí cuestionadas. Es decir, los tribunales que intervienen en el proceso especial de ejecución siempre han tomado conocimiento de las medidas cautelares dispuestas por la ejecutante, quedando la posibilidad de disponer las modificaciones del caso en el supuesto de detectar de oficio o a pedido de parte alguna irregularidad.

Como es dable apreciar, existe en la práctica un concreto control por parte de la magistratura que no es circunstancial a esta causa y por ende, no se trata –como sostiene el recurrente– de “argumentar en abstracto” (fs. 95 vta.) sobre la existencia de este control.

24) Que por lo demás, debe destacarse que en el supuesto en que la decisión fuese desfavorable a la aquí demandada, ésta tendrá oportunidad de hacer valer en un juicio ordinario, con total amplitud, los derechos que pudieren asistirle.

25) Que, por otra parte, la tacha de inconstitucionalidad derivada de la circunstancia de que la ley establezca que en el supuesto en que no se hayan opuesto excepciones en el plazo conferido para hacerlo, el representante de la AFIP requerirá al juez “constancia de dicha circunstancia, dejando de tal modo expedita la vía de ejecución del crédito reclamado, sus intereses y costas”, no es apta para dar sustento al recurso extraordinario. En efecto, sin perjuicio de que éste no es el supuesto configurado en autos, pues el contribuyente opuso la excepción de litispendencia, que se encuentra pendiente de decisión, es dable advertir que también en aquella hipótesis el magistrado –pese a que la ley alude sólo a una “certificación”– tiene plena potestad para revisar y controlar que el trámite se haya desarrollado regularmente y, por consiguiente, para –eventualmente– anular el proceso en caso de juzgar que estuviese viciado por algún defecto, ya que sólo con esta comprensión adquiere sentido que la ley requiera la intervención del juez.

26) Que como puede advertirse, al demandado le queda la posibilidad de enervar la ejecución siempre y cuando articule la oposición en la oportunidad en que se le hace saber la existencia de la acción

deducida en su contra. Es decir que la nota principal de esta ejecución especial es que planteada la ejecución, se invierte la carga del contradictorio sobre el demandado, quien deberá oponer excepciones –si procediesen– con la finalidad de no dejar expedita la ejecución. La norma cuestionada otorga entonces la posibilidad de que el accionado no sólo tome conocimiento de la acción contra él dirigida sino que además le permite articular una formal oposición a su respecto (párrafos segundo y décimo cuarto del art. 92 ley 11.683), implicando esto la posibilidad de efectivizar una adecuada defensa de sus derechos. En caso de no oponerse excepciones, es el propio demandado el que deja expedita la vía de ejecución del crédito con su omisión (art. 92, párrafo décimo quinto, ley 11.683).

27) Que sentado lo que antecede, cabe examinar los agravios relativos a la medida cautelar. La norma impugnada faculta a la AFIP, por intermedio del agente fiscal, a decretar “el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución” (art. 92, párrafo undécimo, ley 11.683).

La demandada alega que una medida cautelar dispuesta por el organismo recaudador se opone, por un lado, al art. 17 de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley, y, por el otro, al art. 109 porque importa atribuir al organismo administrativo funciones jurisdiccionales.

28) Que en primer lugar, debe destacarse que no se trata de un supuesto de privación de la propiedad sino de una afectación meramente provisional del derecho a disponer de los bienes objeto de la cautela, con el propósito de asegurar el cobro de un crédito fiscal expresado en un instrumento al cual la ley le confiere ejecutividad.

29) Que asimismo, cabe agregar que toda medida cautelar –incluso la dictada por un tribunal judicial– afecta la propiedad y disminuye el valor de la cosa gravada. De allí que el problema no pasa por el dictado de la medida cautelar sino por determinar quién la decide y con qué alcance dentro de las facultades constitucionales. Por otra parte, el contribuyente sólo será privado definitivamente de su propiedad con el eventual dictado y efectivización de la sentencia definitiva favorable

a la contraria, criterio que cumple acabadamente con lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución Nacional.

30) Que como surge de la norma impugnada, la medida cautelar sólo se puede trabar una vez comenzada la ejecución fiscal, lo que tiene lugar luego de la presentación ante el juez, dentro de un proceso judicial. Es decir, que la Administración no puede disponer estas medidas fuera del marco del juicio de apremio fiscal regulado en el art. 92 de la ley 11.683 y de conformidad con los presupuestos a los que se ha hecho referencia en los considerandos anteriores.

31) Que esta inteligencia surge con claridad del texto de la ley (art. 92, párrafos octavo y noveno de la ley 11.683) por lo que cuando la letra de la ley no exige un esfuerzo de interpretación, la norma debe ser aplicada con prescindencia de consideraciones que limiten los supuestos comprendidos en ella y procurando dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 200:165; 302:973; 306:940; entre muchos otros). Si alguna duda queda con la lectura de la ley, basta consultar los antecedentes parlamentarios para conocer su sentido y alcance, criterio que este Tribunal ha señalado como guía para la interpretación de las normas jurídicas (Fallos: 313:1149 y 317:779). Por otra parte, ante las diversas interpretaciones de que pueda ser objeto el art. 92 de la ley 11.683, debe escogerse la exégesis que preserve y no la que destruya la norma (Fallos: 247:121; 306:655; 307:146, entre muchos otros).

32) Que conforme a lo expuesto, la interpretación aquí esbozada halla su fundamento en el debate parlamentario de la ley 25.239. Al distinguir la norma sancionada del proyecto de Código Tributario de la AFIP –que a diferencia del actual juicio de apremio establecía una ejecución meramente administrativa–, el miembro informante durante el debate legislativo del proyecto de reforma de la ley 11.683 señaló que “el procedimiento que está aquí establecido se aparta de ese Código Tributario ya que en primer lugar escinde la figura de un funcionario interno de la administración del trámite de la ejecución fiscal. Además, impone al agente fiscal pasar varias veces por el juzgado a los efectos de dar noticia [...] No sólo tiene que cumplir con este procedimiento sino también imponer al juez acerca de qué oficiales ad hoc –que siempre la Administración Federal de Ingresos Públicos está autorizada a utilizar– va a usar para las notificaciones, medidas de embargo o para las comunicaciones que se deba realizar. De igual modo debe notificar al juez respecto de qué medida precautoria pretende ejercitar contra

el demandado. Luego de ello recién está autorizado a iniciar la parte en la cual los trámites [...] se retiran del tribunal; esa es la ventaja de este procedimiento. Se pretende terminar con el impedimento que tienen hoy los juzgados al verse obligados a tramitar 25.000 expedientes en una secretaría... con lo cual termina asfixiada por los papeles y proveyendo los escritos a los dos o cinco meses... Todo el resto... se mueve por afuera, pero bajo la responsabilidad y con intervención de la justicia” (párrafos 135 a 137, Antecedentes Parlamentarios, Editorial La Ley, 2000-A-1114).

33) Que de lo expuesto se desprende que no hay supresión del derecho de propiedad por un acto administrativo, sino solo una simplificación de los procesos cautelares recurriendo a su disposición y anotación por medios extrajudiciales, decisión que es puesta en ejecución por un agente fiscal siempre dentro del marco de un juicio de apremio que tramita ante el Poder Judicial de la Nación y que está sujeto al control de sus magistrados y a los planteos que pueda realizar el contribuyente. Lo hasta aquí expuesto deja sin sustento el agravio relativo a la división de poderes.

34) Que en cuanto al alcance de la medida cautelar, la propia norma impugnada aclara que sólo podrá disponerse por la suma reclamada con más un quince por ciento para responder a intereses y costas (art. 92, párrafo noveno de la ley 11.683).

Si bien, como se señaló con cita de los antecedentes parlamentarios de la norma cuestionada, la idea central de la delegación legal de ciertas tareas en el representante fiscal fue la de alivianar la carga de los tribunales, ello en modo alguno implica desligar a los tribunales de justicia del rol de control que les cabe en este proceso judicial pues el juez en la ejecución especial del art. 92 de la ley 11.683 siempre conserva la facultad de controlar la extensión de la medida cautelar que el agente fiscal le comunica.

35) Que en consecuencia, si bien se faculta al agente fiscal a disponer por sí medidas precautorias, se advierte una clara preocupación del legislador por que el juez esté siempre en conocimiento de ellas, sin que exista disposición alguna en la ley 25.239 que le impida al magistrado adoptar otras medidas o dejar sin efecto las informadas por el Fisco.

36) Que en relación a la violación al derecho de propiedad cabe señalar que otros ordenamientos han previsto limitaciones al derecho

de propiedad relacionados con la recaudación tributaria. Tal es el caso del Protocolo adicional N° 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, que al reconocer el derecho de propiedad lo ha hecho con limitaciones en relación al derecho de los Estados a asegurar el pago de los impuestos. En efecto, el art. 1° dispone que “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes [...]” y agrega que “Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes, de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

37) Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo oportunidad de interpretar esta norma en el caso “Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c/Países Bajos” (20 EHRR 403, sentencia del 23 de febrero de 1995) convalidando una disposición legal que otorgaba al fisco holandés la facultad de secuestrar bienes muebles en poder del contribuyente deudor –aunque pertenecieran a un tercero incluso con reserva de dominio– y rematarlos para cobrarse las deudas impositivas. Bajo el derecho holandés, no existía una apelación a un tribunal administrativo respecto a esta actuación del fisco, pero sí la posibilidad de iniciar una acción administrativa de revisión ante los tribunales judiciales, lo que ocurrió en el caso.

La Corte Europea de Derechos Humanos, aplicando la norma citada en el considerando anterior, razonó que al aprobar leyes para asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones, las legislaturas deberían contar con un amplio margen de apreciación y que los tribunales deberían respetar tales conclusiones a menos que éstas carecieran de fundamentos. La interferencia en el derecho de propiedad –agregó el Tribunal– debería estar justificada a través de un equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos fundamentales del individuo debiendo existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. La posibilidad de dotar a las autoridades fiscales de dichas facultades –el cobro de deudas a partir de la venta forzada de bienes del contribuyente– era una herramienta legal común para *fortalecer la posición del acreedor en los procesos de ejecución y no podía considerarse per se incompatible con el artículo 1° del Protocolo*. El tribunal concluyó que “Las legislaturas locales pueden recurrir a estos dispositivos con la finalidad de asegurar, en aras del interés general, que la recaudación impositiva rinda

tanto como sea posible y que las deudas fiscales sean recuperadas en la forma más expeditiva posible”.

38) Que en tales condiciones no se advierte lesión al derecho de propiedad. El art. 17 de la Constitución Nacional no veda en forma absoluta toda interferencia en los derechos patrimoniales de los particulares. Cuando está comprometido el interés público, y en este caso lo está dado el vínculo que tiene la ejecución fiscal con la recaudación tributaria, el legislador puede adoptar soluciones razonables que tutelen la acción de los organismos administrativos y, por ende, el interés de la comunidad, siempre que se preserve el derecho de los particulares y se les dé la oportunidad de obtener una revisión mediante el control judicial suficiente de lo actuado por la administración según la doctrina de Fallos: 247:646.

39) Que por ello tampoco cabe admitir la impugnación del art. 92 de la ley 11.683 con sustento en que, al permitir que un funcionario administrativo trabe medidas precautorias como la discutida en autos –que según el apelante serían de estricta índole judicial– aquella norma vulnera el principio de que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...” establecido en el art. 8º, párrafo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre el particular, corresponde recordar lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del art. 6.1 de la Convención europea –en redacción muy similar a la del art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, a cuya jurisprudencia es factible acudir según lo señaló esta Corte (Fallos: 310:1476, considerando 5º; 312:2490, considerando 6º; Fallos: 319:2557 –voto de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert–; Fallos: 322:1564).

Así, en la sentencia pronunciada en el caso “Vastberga Taxi Aktiebolag y otro c/ Suecia” ([2002] ECHR 36985/97), el 23 de julio de 2002, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que un sistema donde las autoridades fiscales de carácter administrativo pueden imponer sanciones tales como un recargo impositivo no resultaba incompatible con el art. 6 de la mencionada Convención si el contribuyente podía llevar la decisión que lo afectara ante un tribunal judicial con poder suficiente para anular lo decidido, incluyendo aspectos de hecho y derecho sobre la decisión cuestionada. Juzgó que en el caso la

apelación existente en el derecho sueco a un tribunal administrativo satisfacía esos requisitos y añadió que la posibilidad de revisión debía ser práctica y efectiva y no teórica e ilusoria.

40) Que las medidas cautelares, como ya se explicó en los considerandos que anteceden, se dictan dentro del marco de un proceso judicial en el cual el juez sigue teniendo la facultad de convalidarlas o revocarlas. Por ende se recuerda que la ejecución fiscal sigue siendo un proceso ejecutivo de neto corte judicial donde, merced a la presencia de un magistrado, existe siempre la posibilidad de revisar lo ocurrido en él. A esa revisión judicial cabe agregar la posibilidad de revisión en juicio ordinario.

41) Que a mayor abundamiento, cabe recordar que este Tribunal ha amparado el respeto a las garantías constitucionales sosteniendo que no pueden considerarse válidas las sentencias que desvirtúan el marco del juicio de ejecución fiscal mediante un injustificado apartamiento de las disposiciones del art. 92 de la ley 11.683 (Fallos: 322:571, considerando 8 y sus citas; 323:795, entre muchos otros) criterio que sigue vigente y que demuestra que los actos que tienen lugar dentro del marco del juicio de apremio se encuentran sujetos al control judicial, incluso de la propia Corte Suprema.

42) Que para evaluar la razonabilidad de la norma en cuestión corresponde examinar también si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines.

En ese sentido, debe tenerse presente que la medida enjuiciada consiste —como ya se ha señalado— en las atribuciones que el art. 92 de la ley 11.683 (texto según ley 25.239) pone en cabeza del agente fiscal, que según la ejecutada afecta sus derechos de propiedad y defensa. En otros términos, la alegada restricción a esos derechos se sustenta en que la norma otorga a funcionarios de la administración facultades que corresponden exclusivamente a los tribunales de justicia, como lo son la firma y el libramiento del mandamiento de intimación de pago y la citación para oponer excepciones, así como la disposición y traba de medidas cautelares.

Por otra parte, corresponde destacar que, tal como surge de los citados antecedentes parlamentarios de la ley 25.239 y de los consi-

derandos de la disposición 276/2008 dictada por la AFIP, el reconocimiento de aquellas atribuciones a los agentes fiscales persiguieron, como objetivos centrales, la optimización de la eficiencia y eficacia de la gestión recaudatoria de ese organismo, la reducción significativa de los plazos de tramitación de las ejecuciones fiscales, la descongestión de los juzgados y la adecuación del procedimiento tributario a los avances tecnológicos.

43) Que, en ese orden de ideas, no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que la medida en cuestión resulta idónea para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto el procedimiento previsto en la norma –comprensivo de las atribuciones cuestionadas– aparece como apropiado o apto para reducir los plazos de la ejecución y lograr una más rápida y efectiva percepción de las rentas públicas, o al menos posee entidad suficiente como para contribuir de algún modo a esos objetivos. Esta conclusión se ve corroborada por la circunstancia de que no puede determinarse de modo inequívoco y manifiesto la existencia de otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, provoquen una menor restricción a los derechos involucrados. Debe recordarse aquí que no corresponde a los jueces decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

44) Que el examen de proporcionalidad de la medida requiere valorar la entidad de la restricción que genera la norma impugnada en función de la importancia del fin legislativo, y en tal sentido cabe señalar, como surge de los propios considerandos de la ley 25.239, que al modificar el art. 92 de la ley 11.683 y establecer el procedimiento aquí impugnado, el legislador tuvo como esencial propósito agilizar y dotar de mayor eficacia a la función de recaudación de la AFIP, de modo que una eventual decisión contraria a su validez podría incidir en la oportuna percepción de la renta pública, circunstancia que revela *prima facie* un factor de retardo y perturbación en el desarrollo de la política económica del Estado, con menoscabo de los intereses de la comunidad (confr. doctrina de Fallos: 314:258; 316:2922, entre muchos otros).

45) Que en función de ello, cabe concluir que los medios arbitrados no aparecen como desproporcionados con relación al fin que persiguen, pues, a través de un procedimiento que en definitiva cuenta con pleno control judicial, se obtienen beneficios en un ámbito en el que están en juego intereses generales, como lo son la mayor eficacia y celeridad en la percepción de la renta pública.

46) Que por último, también debe descartarse el agravio relativo a la actuación del Fisco nacional como juez y parte en violación a la garantía de la igualdad contemplada en el art. 16 de la Constitución Nacional. Al respecto cabe recordar que este Tribunal ha dicho que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (Fallos: 151:359; 300:1084; 306:1560; entre otros), por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes (Fallos: 182:355; 236:168; 313:1513; 315:1779, entre otros), en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución (Fallos: 181:203; 182:355; 262:73; 266:206; 306:533; 308:857; 310:1080, entre muchos otros).

47) Que como ya se señaló en los considerandos que anteceden, el Estado en esta ejecución especial actúa como parte, no como juez pues el juicio de apremio sigue conservando su naturaleza judicial y, por ende, no reviste la categoría de un proceso estrictamente administrativo.

48) Que si bien este Tribunal ha dicho en alguna oportunidad que el principio de igualdad ante la ley rige durante el proceso tutelando ciertas situaciones de manera de no alterar el equilibrio procesal de los litigantes (Fallos: 283:213 y 310:2709) cabe recordar que la igualdad entre el Estado y los particulares en materia litigiosa no debe llegar a una equiparación rigurosa (Fallos: 246:194) pues como se señaló respecto de los remates del ex Banco Hipotecario Nacional, este Tribunal ha convalidado las normas que le dieron origen con el argumento de que tales actos extrajudiciales "...no deben ser perturbados con las complicaciones y dilaciones propias de los procedimientos judiciales..." (Fallos: 249:393 y 268:213). Por otra parte, cabe señalar la existencia de normas procesales que otorgan ciertas prerrogativas al Estado, como un plazo mayor para contestar la demanda (art. 338 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial), o la eximición de caución en las medidas obtenidas por el Estado (art. 200, inciso 1º del Código Procesal Civil y

Comercial) o la exención de tasa de justicia en las ejecuciones fiscales (art. 13 inc. "j" de la ley 23.898, según la reforma por ley 24.037) o la no aplicación de la ley de mediación (art. 5° inc. c de la ley 26.589).

49) Que no se advierte entonces que se viole la igualdad ante la ley ya que las prerrogativas que pueda tener el Fisco Nacional en esta especial ejecución son propias del interés que se busca tutelar relacionado con la obtención en tiempo oportuno de los impuestos.

50) Que en el caso de autos corresponde concluir que los requisitos para reconocer la validez constitucional a la norma que otorga facultades a la Administración para disponer embargos y otras medidas cautelares en el marco de una ejecución fiscal se encuentran cumplidos.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por **Intercorp S.R.L., demandada en autos**, representada por los **Dres. Julio César Brogin y Jorge Coraita**.

Traslado contestado por **la AFIP, actora en autos**, representada por el **Dr. Martín Cornejo**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Salta**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de Salta**.

HERMITAGE S.A. c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL – MINISTERIO DE
ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS – TÍTULO 5 – LEY 25.063

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA.

El Título V, artículo 6° de la ley 25.063 –que instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta– y el art. 13 de dicha norma –al fijar el modo de imposición de dicho tributo, sin tener en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos por la norma y desentendiéndose de la existencia de utilidades efectivas–, resultan inconstitucionales, pues el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley.

LEYES IMPOSITIVAS.

No es objetable que el legislador al establecer un tributo –en el caso, impuesto a la ganancia mínima presunta–, utilice la técnica de las presunciones, aunque su uso debe ser limitado a aquellos casos en que existan circunstancias especialísimas que lo justifiquen, siendo dicha problemática el resultado de la tensión entre el principio de justicia tributaria y el de capacidad contributiva.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA.

Cabe revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del título V (art 6º) de la ley 25.063, por el que se instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta, pues la recurrente no formuló agravios concretos respecto a la decisión de la instancia anterior en cuanto negó que el tributo en cuestión fuese confiscatorio, conclusión que ha quedado firme (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Las facultades del Congreso para crear impuestos o contribuciones son amplias y discrecionales, de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerza es irrevisable por cualquier otro poder, en tanto constituyen, por aplicación del principio de separación de poderes y de legalidad, un ámbito reservado al único departamento que, de conformidad con la Constitución, se halla habilitado para ejercer tales facultades (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA.

Un peritaje contable que se limita a acreditar que la empresa ha tenido resultado económicos negativos (pérdidas) en los últimos años –con la excepción de un ejercicio– y que, igualmente la determinación del impuesto a las ganancias arrojó saldos negativos de manera que en los últimos diez ejercicios sólo en uno resultó obligada a abonar ese impuesto, carece de aptitud para demostrar la existencia de un supuesto de confiscatoriedad según las pautas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 268/269, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó lo resuelto por la instancia

anterior y, en consecuencia, declaró inconstitucional el impuesto a la ganancia mínima presunta, por carecer la actora de capacidad contributiva durante los períodos fiscales 1995, 1996 y 1998.

Explicó que el tributo ha creado una presunción de renta basada únicamente en la existencia de activos en cabeza del contribuyente, lo cual evidencia una marcada desconexión entre el hecho imponible y su base de medición, pues omite ponderar en esta última a los pasos, en vulneración de los principios de igualdad, proporcionalidad y capacidad contributiva.

Añadió que, con la finalidad expresa de obligar compulsivamente al poseedor de un activo a generar rentabilidad, el legislador tornó utópica la garantía de razonabilidad, pues estableció tributos que desestiman de manera anticipada y mediante presunciones, toda acreditación de la falta de capacidad contributiva que pueda intentar el contribuyente.

Puntualizó, en este orden de ideas, que no debe confundirse la decisión referida a la elección de las manifestaciones de riqueza imponible, donde el legislador ejerce su ámbito de reserva y que, en principio, es irrevisable judicialmente, con el control que pueden ejercer los jueces a fin de establecer la vinculación entre el presupuesto generador de la obligación y la existencia efectiva de capacidad económica que le atribuye contenido.

En ejercicio de tales atribuciones, valoró las pérdidas experimentadas por la accionante durante los períodos fiscales 1995, 1996 y 1998, que obstarían a descontar el impuesto a la ganancia mínima presunta e incrementarían aún más su detrimento contable e impositivo, circunstancias que desvirtúan —en su criterio— la presunción de renta.

Por ello, tuvo por acreditada la ausencia de capacidad contributiva y, al considerarla soporte inexcusable de validez de todo gravamen, resolvió que la demanda debía prosperar.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 275/287, que fue concedido por el *a quo* a fs. 291.

Preliminarmente, recordó que la sentencia de primera instancia había rechazado la acción con sustento en la falta de demostración de

la confiscatoriedad del tributo, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento por la Alzada.

A continuación, señaló el equívoco en que incurre el decisorio recurrido, fundado en la interpretación semántica del nombre del impuesto, que en forma alguna crea una presunción *iuris tantum* de renta. La ley, en su opinión, parte de la aptitud de los activos para generar ganancia, que es presumida en forma abstracta y objetiva, sin admitir prueba en contrario.

Esta presunción, agregó, está legalmente desvinculada de la renta real, lo que no implica que el tributo prescinda de la capacidad contributiva, la cual se verifica respecto del patrimonio. Cita en su apoyo a Dino Jarach, cuando manifiesta que el patrimonio, como medida de la capacidad contributiva, indica esencialmente una riqueza potencial, que puede o no ser actual (“Impuesto sobre el patrimonio y las sucesiones o donaciones”, ponencia presentada en la conferencia celebrada en Santiago de Chile, diciembre de 1992, organizada por OEA, BID y CEPAL).

Por esto, consideró que la Cámara había confundido los conceptos, al suponer que sólo la ganancia era manifestación válida de capacidad contributiva, cuando el activo también podía serlo. Y, sobre tal parámetro, el legislador creó una presunción de renta neta virtual o abstracta, sin admitir prueba en contrario, impidiendo la deducción de los pasivos, criterio cuyo acierto escapa a la revisión judicial.

Comparó el texto de la ley 25.063 con su similar N° 23.760, que había establecido el impuesto a los activos, para destacar las semejanzas entre ambas respecto de la capacidad contributiva alcanzada y destacó que el pronunciamiento –además de no constituir una derivación razonada del derecho vigente– perturba la recaudación fiscal y, por ende, los intereses de la comunidad toda.

– III –

A mi modo de ver, el remedio extraordinario es formalmente admisible, toda vez que la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha declarado la oposición de una ley federal (título V, ley 25.063) respecto de la Constitución Nacional y ha interpretado las normas federales en sentido adverso al postulado por la recurrente (art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, corresponde recordar que la Corte, en la tarea de establecer la correcta interpretación que cabe asignar esas normas federales, no debe ceñirse a las posturas del recurrente ni del tribunal apelado sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, de acuerdo con la interpretación que correctamente le otorgue (Fallos: 323:1406, 1460 y 1566, entre otros).

El título V de la ley 25.063 creó un impuesto a la ganancia mínima presunta, aplicable en todo el territorio de la Nación durante diez (10) ejercicios anuales, que se determinará sobre la base de los activos valuados conforme a sus disposiciones. El monto a ingresar surge de la aplicación de la alícuota del uno por ciento (1%) sobre tales activos (cfr. arts. 1º y 13).

Este último precepto establece que el impuesto a las ganancias determinado para el mismo ejercicio fiscal por el cual se liquida el impuesto a la ganancia mínima presunta, podrá computarse como pago a cuenta de éste. Si de tal cómputo surge un excede de impuesto a las ganancias no absorbido, no generará saldo a favor del contribuyente, ni será susceptible de devolución o compensación alguna.

Si, por el contrario, como consecuencia de resultar insuficiente el impuesto a las ganancias computable como pago a cuenta del impuesto a la ganancia mínima presunta, procediera en un determinado ejercicio el ingreso de este último tributo, se admitirá –siempre que se verifiquen en cualquiera de los cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido– computar como pago a cuenta del impuesto a las ganancias, en el ejercicio que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado y hasta la concurrencia con el importe a que ascienda dicho excedente de impuesto a las ganancias (art. 13, título V, texto según ley 25.063).

Según surge del mensaje de elevación N° 354, que acompañó al proyecto de ley, el Poder Ejecutivo propició la aprobación de este tributo por su difícil elusión, su simplicidad en la fiscalización y la fuerte inducción que genera a mejorar el cumplimiento en el impuesto a las ganancias, garantizando que todas las empresas paguen un impuesto mínimo (cfr. párrafo 46º).

En tal sentido, manifestó: “*La implementación de este gravamen se fundamenta en el hecho de que el mantenimiento de un activo afectado a la actividad empresarial requiere necesariamente, para su desarrollo en condiciones de competitividad, de la generación de una rentabilidad que contribuya como mínimo a su sostenimiento. De tal manera el impuesto que se propicia, conforme ha sido concebido, sólo castiga a los activos improductivos sirviendo de señal y acicate para que sus titulares adopten las decisiones y medidas que estimen adecuadas para reordenar o reorganizar su actividad, a fin de obtener ese rendimiento mínimo que la norma pretende” (cfr. párrafo 38°, subrayado agregado)*

En estos términos, resulta claro que el proyecto de ley:

- Calculaba una rentabilidad mínima de los activos sujetos a sus disposiciones;
- Buscaba castigar aquellos que se encontraban por debajo de tal baremo, sometiéndolos al pago de un tributo proporcional del uno por ciento (1%) sobre su valor. Los activos que se encontraban por encima de la rentabilidad mínima presumida, por el contrario, sólo pagarían impuesto a las ganancias en función de la renta neta efectivamente generada.

Así fue sancionado por el Congreso, creándose un tributo basado en una presunción absoluta de renta, que nada establece sobre la posibilidad de prueba en contrario por parte del sujeto pasivo.

Ratifica este aserto los debates originados con motivo de su aprobación, en especial, las manifestaciones de los diputados Alessandro, Dumón, Sebastiani y Moreno Ramírez, quienes coincidieron al criticar el proyecto por gravar las inversiones realizadas en el país, que no siempre generan el nivel de renta que allí se presumía (Antecedentes Parlamentarios La Ley, 1999-A, p. 759 y sgtes., párrafos 24; 78; 79 y 81 respectivamente).

También lo manifestó por el senador López quien, a su turno, agregó: “*El Fisco supone que una empresa percibirá una ganancia de acuerdo con la propiedad de su activo y, por lo tanto, deberá abonar el 1% de su valor. Si la empresa declara ganancias por un monto mayor al de ese 1%, el Fisco le cobra sobre lo declarado, pero si tiene quebrantos le cobra el 1% de sus activos. Esto perjudica al sector agropecuario y,*

por supuesto, a otras empresas de capital intensivo y a las PYMES con alto endeudamiento, ya que no considera si la empresa ha generado en el período las ganancias suficientes para hacer frente a sus compromisos fiscales” (Antecedentes Parlamentarios La Ley, 1999-A, p. 1086/7, parágrafo 175).

– V –

Sobre tal base, coincido con la representación fiscal en que la ley presume, abstracta y objetivamente, la aptitud de los activos para generar renta, sin admitir prueba en contrario.

Ello surge no sólo de las manifestaciones señaladas en el acápite anterior, sino también de la comparación de este régimen con otras presunciones establecidas por el legislador en materia tributaria, donde expresamente contempló la posibilidad de demostrar contra ellas (v. gr. ley 23.256 y decreto 2073/85).

Por el contrario, ni en el título V de la ley 25.063 ni en su decreto reglamentario se establecieron disposiciones de tal tenor, sin que pueda atribuirse tal omisión –a fin de realizar una adecuada hermenéutica de los preceptos *sub examine*– a la imprevisión o impericia del legislador (Fallos: 321:2453; 322:2189 y 2701; 323:1787, entre muchos otros).

Por ello, y al margen de la naturaleza que quepa atribuir al gravamen de que se trata, éste no adopta el criterio que atiende a la renta devengada efectivamente para determinar la capacidad contributiva de los sujetos obligados a abonarlo, como ocurre, v. gr., en la ley 20.628, sino que, en el régimen del impuesto a la ganancia mínima presunta, a esa capacidad contributiva se la encuentra en la aptitud del activo para generar beneficios, criterio éste que, como ha sostenido V.E., se aviene a la función social que posee el capital como instrumento de producción (Fallos: 286:166, 177).

En tales condiciones, la postura del *a quo* –quien dejó de lado la presunción absoluta de ganancia fijada por la título V de la ley 25.063, con sustento en las reiterados quebrantos de la empresa– no resulta, en mi criterio, una razonable derivación de la mecánica general de ley ni de los fines perseguidos por el legislador al implantarla (Fallos: 302:973).

Pienso que esta solución es la única que armoniza con el principio de separación de los poderes –fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional–, que no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos: 294:425 y sus citas).

– VI –

Debo recordar que tiene dicho la Corte que el examen de razonabilidad de las leyes, en punto a su constitucionalidad, no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas y de modo alguno sobre la base de los posibles o eventuales resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (arg. Fallos: 311:1565, entre otros) y que, asimismo, la ausencia de una demostración, en el sentido de que en el caso concreto las normas impugnadas ocasionan el gravamen invocado, convierte en abstracto cualquier pronunciamiento acerca de su constitucionalidad (arg. Fallos: 312:2530).

En tales condiciones, no encuentro irrazonabilidad en la presunción de renta establecida pues, en principio, toma en consideración una inferencia lógica a partir de una manifestación de capacidad contributiva existente, como es el activo, supuesto que lo diferencia del analizado en Fallos: 312:2467, donde la exteriorización de riqueza elegida por el legislador estaba agotada al momento de sanción de la ley creadora del tributo. Por el contrario, lo irrazonable y contrario al sentido común sería presumir que una explotación pueda subsistir con un activo improductivo.

Por ello concluyo que el impuesto a la ganancia mínima presunta, instituido por el título V de la ley 25.063, resulta –en un análisis integral del instituto y en orden a las impugnaciones del accionante–, válido desde el punto de vista constitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que el contribuyente demuestre que alguna cláusula en particular, en su concreta aplicación al caso, pudiera lesionar determinada garantía consagrada en el texto constitucional.

Tal conclusión no se altera por la posibilidad de computar, como pago a cuenta del nuevo tributo, lo abonado en concepto de impuesto a las ganancias, según el mecanismo establecido por el art. 13 del título

V de la ley 25.063. Tal particularidad no desvirtúa el carácter absoluto de la presunción, ni puede conducir a negar el nacimiento de la obligación tributaria resultante, la cual se origina frente a la verificación en la realidad del presupuesto de hecho definido por la ley (titularidad de los activos).

La cancelación de la obligación tributaria del impuesto a la ganancia mínima presunta mediante la afectación de lo pagado en concepto de impuesto a las ganancias se evidencia así como una circunstancia ulterior al nacimiento del vínculo obligacional, que encuadra dentro de las amplias facultades que la Constitución reconoce al legislador para disponer lo pertinente respecto de las formalidades de percepción de los tributos (Fallos: 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 235:571, entre muchos otros), lo cual no altera, repito, el carácter de la presunción creada.

– VII –

La interpretación que propicio es, en mi criterio, la que mejor se adecua a la finalidad perseguida por la ley: castigar a los activos improductivos, que no producen una rentabilidad suficiente para permitir su sostenimiento.

Ello es posible pues, como lo ha señalado el Tribunal, la inviolabilidad de la propiedad no importa obstáculo para la aplicación de gravámenes que puedan conducir, sin mengua de su validez constitucional, a la aplicación de tributos en orden a gravar más intensamente bienes inexplorados o que los son de manera que no concuerden con los fines de desarrollo y promoción económicos que, reconocidos expresamente en la Constitución como atributos de los poderes federal y provinciales (art. 75, inc. 18, y 125), han sido recordados en numerosos precedentes de la Corte (Fallos: 314:1293).

Y no puede ignorarse que el legislador ha utilizado el impuesto a la ganancia mínima presunta como *“señal y acicate para que sus titulares adopten las decisiones y medidas que estimen adecuadas para reordenar o reorganizar su actividad, a fin de obtener ese rendimiento mínimo que la norma pretende”*, tornándolo en un valioso instrumento de regulación, complemento necesario del principio constitucional que prevé atender al bien general, al que conduce la finalidad ciertamente extrafiscal de impulsar la expansión de las fuerzas económicas (Fallos: 151:359; 243:98; 307:360).

De este modo queda demostrado, en mi parecer, el yerro en el razonamiento del *a quo*, en tanto ha establecido que el impuesto a la ganancia mínima presunta deviene inconstitucional con fundamento en los sucesivos quebrantos de la actora. Tales contingencias no solo resultan ajenas a la mecánica del tributo sino que, precisamente, la gabela *sub examine* pretende gravar aquellos activos improductivos que no arrojen saldo a favor del Fisco frente al impuesto a las ganancias, pues el beneficio generado por los rentables es alcanzado por este último. Y el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de la solución legislativa así adoptada no es materia sobre la cual el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos: 313:410).

– VIII –

Por último, considero que no corresponde expedirse sobre la confiscatoriedad pues tal planteo, rechazado por la sentencia de grado, no ha sido objeto de agravio concreto ante la Cámara, razón por la cual ha quedado firme, sin posibilidad de revisión en esta instancia.

– IX –

Por lo expuesto, opino que debe revocarse la sentencia de fs. 268/269 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 4 de noviembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Hermitage S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos – Título 5 – ley 25.063 s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 268/269 vta.) al revocar, por

mayoría, la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda (fs. 239/240), declaró la inconstitucionalidad, con relación a la actora, del título V (art. 6°) de la ley 25.063, por el que se instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta.

2°) Que, para así resolver, el tribunal *a quo* consideró que surge del texto de la ley una presunción de renta fundada “en la existencia de activos en poder del contribuyente”, motivo por el cual existe “una marcada desconexión entre el hecho imponible y la base imponible” (fs. 268), en tanto se grava una manifestación de capacidad contributiva presunta, que considera solo al activo para la base imponible, sin tener en cuenta la existencia de pasivos. En esa línea de razonamiento, puso de relieve que, según las conclusiones del peritaje contable producido en autos, en los ejercicios de los años 1995, 1996 y 1998 la actora registró pérdidas que obstarían a descontar el impuesto aquí considerado. En consecuencia, tuvo por acreditada la ausencia de capacidad contributiva, la cual es el “soporte inexcusable de la validez de todo gravamen” (fs. 269/269 vta.). Al respecto, puntualizó que no debe confundirse lo referente a la elección de las manifestaciones de riqueza sobre las que se impone un tributo, que pertenece al ámbito de la reserva del legislador y, en principio, no es revisable judicialmente, en tanto no resulte irrazonable o manifiestamente arbitrario, con el control que pueden ejercer los jueces a fin de establecer la vinculación entre el presupuesto generador de la obligación y la existencia efectiva de capacidad económica que le atribuye contenido.

3°) Que contra lo así resuelto, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario que fue denegado en lo relativo a las invocadas causales de arbitrariedad y de gravedad institucional (sin que se haya deducido a este respecto recurso de hecho) y concedido en cuanto a que la sentencia interpretó normas de carácter federal en sentido adverso al postulado por la apelante (confr. fs. 291). Con tal alcance, el recurso resulta formalmente procedente, de acuerdo con lo dispuesto por los incs. 1° y 3° del art. 14 de la ley 48, en razón de que, efectivamente, se halla en juego la validez e inteligencia de normas de aquella índole y lo resuelto por el *a quo* es contrario al derecho que el apelante funda en ellas.

4°) Que el impuesto cuya validez constitucional se encuentra en discusión se aplica sobre los activos valuados de acuerdo con las disposiciones de la ley respectiva (art. 1° del capítulo I del título V de la

ley 25.063), pertenecientes, entre otros sujetos, a las “sociedades domiciliadas en el país” (art. 2º inciso a), por lo cual alcanza a la sociedad anónima que promovió estas actuaciones.

5º) Que por su parte el art. 13 (con sus modificaciones), tras establecer que el impuesto a ingresar “surgirá de la aplicación de la alícuota del uno por ciento (1%) sobre la base imponible del gravamen determinado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley”, prescribe “que el impuesto a las ganancias determinado para el ejercicio fiscal por el cual se liquida el presente gravamen podrá computarse como pago a cuenta” de este último (una vez deducido de éste el que sea atribuible a los bienes a que se refiere el artículo incorporado a continuación del art. 12) y, por otra, que si resultase insuficiente el impuesto a las ganancias computable como pago a cuenta del presente gravamen y, por tanto, “procediera en un determinado ejercicio el ingreso del impuesto de esta ley, se admitirá, siempre que se verifique en cualesquiera de los DIEZ (10) ejercicios siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de este último gravamen, en el ejercicio en que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado y hasta su concurrencia con el importe a que asciende dicho excedente”.

6º) Que sentado lo anterior, la cuestión objeto de controversia es, en lo esencial, determinar si ese modo de imposición, en la medida en que no tiene en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos en la norma y se desentiende de la existencia de utilidades efectivas, resulta inconstitucional en tanto, como sucede en el sub examine, la actora ha demostrado que su explotación comercial arrojó pérdidas en los períodos ya indicados.

7º) Que, como primera aproximación a la cuestión debatida, no resulta ocioso recordar que la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades que es necesario que el Estado prescriba claramente los gravámenes para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus respectivas conductas en materia tributaria (Fallos: 253:332; 255:360; 312:912; 315:820; 316:1115; 321:153; 324:415; 327:1051 y 1108; 330:3994; 331:2649).

Desde la premisa expuesta, puede afirmarse que la ley que establece el impuesto aquí cuestionado no contiene una redacción clara y precisa, circunstancia que demuestra una deficiente técnica legislativa. Para

corroborar ese aserto, basta tener en cuenta los debates que se han suscitado acerca de la propia naturaleza del impuesto y de la hipótesis de incidencia que adopta la ley, aspectos elementales que deberían desprenderse con total nitidez del texto legal. En ese sentido, resulta ilustrativo agregar que la falta de claridad de las normas examinadas ha generado interpretaciones encontradas sobre tales puntos y, como lógico correlato, conclusiones diversas sobre la validez del gravamen.

Sin perjuicio de lo expuesto, para una adecuada solución de esta controversia, resulta imprescindible desentrañar cuál es el presupuesto de hecho que adopta la ley, pues ello resultará determinante en el examen de las cuestiones planteadas.

8º) Que a la deficiente técnica legislativa señalada precedentemente se une el hecho de que la denominación dada al gravamen por el legislador no es decisiva para definir el carácter de éste, pues como lo ha sostenido esta Corte desde antiguo, a tal efecto y para establecer su conformidad con la Constitución Nacional, debe estarse a la realidad de las cosas y a la manera cómo incide el tributo, de modo que, ante la ausencia de correlación entre el nombre y la realidad, corresponde desestimar el primero y privilegiar la segunda (ver Fallos: 21:498; 266:53 y sus citas; 280:176 y 151:92 allí citado; 289:67; 314:595, considerando 5º, del voto de los jueces Petracchi, Nazareno y Moliné O'Connor; 318:676, considerando 11).

9º) Que, en cambio, resulta esclarecedor acudir al contenido del mensaje 354 de elevación del proyecto de ley al Parlamento, y a las opiniones expuestas por los legisladores con motivo del debate ocurrido en el recinto.

El Poder Ejecutivo propició la aprobación de este tributo por su difícil elusión, su simple fiscalización y “...la fuerte inducción que genera a mejorar el cumplimiento en el impuesto a las ganancias, garantizando que todas las empresas paguen un impuesto mínimo...”. Argumentó, en este sentido, que: “La implementación de este gravamen se fundamenta en el hecho de que el mantenimiento de un activo afectado a la actividad empresarial requiere necesariamente, para su desarrollo en condiciones de competitividad, de la generación de una rentabilidad que contribuya como mínimo a su sostenimiento. De tal manera el impuesto que se propicia, como ha sido concebido, sólo castiga a los activos improductivos sirviendo de señal y acicate para que sus titulares adop-

ten las decisiones y medidas que estimen adecuadas para reordenar o reorganizar su actividad, a fin de obtener ese rendimiento mínimo que la norma pretende” (Antecedentes parlamentarios, editorial La Ley, Tomo 1999-A, págs. 880 y 881).

Aquel proyecto fue puesto a consideración de la Cámara de Diputados de la Nación, por el diputado Lamberto –miembro informante de la Comisión de Presupuesto y Hacienda–, quien en su exposición hizo hincapié en que el sistema tributario de nuestro país presenta un sesgo hacia la imposición que recae sobre los consumos y el trabajo y, en cambio, exhibe una escasa recaudación del impuesto a las ganancias. Para avalar su afirmación dio lectura a “...un listado de empresas que no pagan ganancias y que a partir de ahora sí lo harán”, aunque en una posterior intervención, aclaró que ello no significaba que “...esos contribuyentes realicen alguna maniobra ilegal, sino que aprovechan las ventajas de una ley imperfecta” que se pretendía corregir.

En su concepto, el tributo que se examina era un modo de inducir al pago del impuesto a las ganancias, y lo expresó en los siguientes términos: “**En este sentido, para inducir a este pago, estamos incorporando el impuesto a la renta presunta**”. “**Las personas que tengan estos activos, o las empresas, pagarán el uno por ciento a cuenta de ganancias. De esta forma estamos reafirmando que el impuesto a las ganancias se puede cobrar**” (cit. anterior, págs. 944 a 946; págs. 984 y 989).

Por su parte, varios legisladores manifestaron su oposición a la creación de este tributo, pues advirtieron que afectaría las inversiones realizadas en el país –en especial, las de menor magnitud– en tanto éstas no siempre generan el nivel de renta que la ley presumía. En este sentido, el diputado Alessandro expresó con referencia “**al impuesto sobre los activos o a la renta presunta**” que “...un sistema mucho más racional es el que se empleó en el caso del impuesto sobre el patrimonio neto, en el que se distinguía con claridad el estado real de una empresa”. “**Nuevamente las pequeñas y las medianas empresas van a ser las más afectadas. Se dice que este tributo podrá ser deducible del impuesto a las ganancias, pero muchísimas veces esas pequeñas y medianas empresas no tienen ganancias de las cuales restar el impuesto a los activos con el que se las quiere gravar**” (cit. anterior, págs. 956 y 957. En sentido similar se expidieron los diputados Dumón, Sebastiani y Moreno Ruiz, págs. 982 y 983).

De singular interés resulta lo expresado por el senador López, pues entendió que con este tributo se intentaba introducir nuevamente en el sistema tributario el anterior impuesto a los activos, que “...gravaba el patrimonio de las empresas, sin discriminar la situación financiera o actividad económica de cada una de ellas”, y que “...había quedado sin efecto como consecuencia del denominado pacto fiscal de la Nación con las provincias...” (cit. anterior, pág. 1085), opinión que fue compartida por los diputados Balter (pág. 964); Natale (pág. 966), y por el senador Ulloa (pág. 1075).

Aún desde esta óptica —esto es, considerando al tributo como un impuesto a los activos—, la principal crítica de aquel senador consistió en lo siguiente: “*El fisco supone que una empresa percibirá una ganancia de acuerdo con la propiedad de su activo y, por lo tanto, deberá abonar el 1 por ciento de su valor. Si la empresa declara ganancias por un monto mayor al de ese 1 por ciento, el fisco le cobra sobre lo declarado, pero si tiene quebrantos, le cobrará el 1 por ciento de sus activos. Esto perjudica al sector agropecuario y, por supuesto, a otras empresas de capital intensivo y a las PYMES con alto endeudamiento, ya que no considera si la empresa ha generado en el período las ganancias suficientes para hacer frente a sus compromisos fiscales*”. Consideró que en algunos sectores de la economía sujetos a una serie de variables exógenas —vgr., el sector agropecuario— **“el anticipo impositivo de una ganancia eventual, como es el espíritu del impuesto a la renta presunta...”** tendrá un fuerte impacto (cit. anterior, págs. 1084 a 1087).

Más contundente aún, al examinar el “*complejo mecanismo de compensación*” que contiene la ley en su art. 13, expresó que: “...lo que se intenta con el establecimiento de este nuevo tributo es captar la capacidad contributiva de una ganancia mínima presunta valorizada en términos de los activos del sujeto...” (ver inserción solicitada por el senador López, págs. 1097 y 1098).

Finalmente, el senador Verna en su exposición como miembro informante ante la Cámara de Senadores, manifestó que el proyecto de ley “...contiene la creación de un nuevo impuesto: el impuesto a la ganancia mínima presunta, por el término de diez períodos anuales. Este impuesto tiene como propósito captar la capacidad contributiva de una ganancia mínima que se presume pertinente con la existencia de activos en posesión del sujeto titular de una explotación económica. Para la determinación del gravamen, se tomará como base imponible

el total de los activos, tanto de los ubicados o colocados en el país como en el exterior... al cierre del ejercicio comercial” (pág. 1062).

10) Que, de conformidad con el criterio expuesto por esta Corte en Fallos: 120:372, debe suponerse que las comisiones parlamentarias estudian minuciosa y detenidamente en su fondo y forma los asuntos que despachan, por lo cual sus informes orales o escritos tienen más valor que los debates en general del Congreso o las opiniones individuales de los legisladores (Fallos: 77:319; 141 U.S. 268; 166 U.S. 290) y constituyen una fuente legítima de interpretación (Fallos: 33:228; 100:51 y 337; 114:298; 115:186; Sutherland y Lewis Statutes and Statutory Construction, párrafo 470, segunda edición 1904 y numerosos fallos allí citados, entre ellos 143 U.S. 457 y 192 U.S. 470).

Es por ello, que frente a una disparidad de opiniones deberá adquirir relevancia la voluntad expresada por quienes sometieron el proyecto de ley a la consideración de los restantes integrantes del Parlamento, como así también la instrumentación finalmente plasmada en el texto aprobado.

La peculiaridad que se presenta en el caso, es que tanto quienes presentaron la propuesta de ley, como algunos de los oponentes a ésta, manifestaron su coincidencia acerca de que con el tributo creado se trataba de captar la capacidad contributiva de una renta mínima cuya existencia el legislador presumía en términos absolutos, con abstracción de que esa renta efectivamente se haya generado y, por consiguiente, sin aceptar la posibilidad de una demostración en contrario (ver en el considerando anterior, lo expresado, respectivamente, por el diputado Lamberto, el senador Verna y el senador López).

El nacimiento de la obligación tributaria se sujetó así a la presunción de una ganancia mínima, y esta inferencia tuvo por sustento la existencia en poder de cierta clase de sujetos, de aquellos bienes computables que componen su activo.

Asimismo, según resulta de la instrumentación legal, se diseñó un esquema de interrelación entre el impuesto a las ganancias y el que se examina, con el fin de asegurar en todos los casos un ingreso fiscal mínimo (art. 13), y el tributo fue concebido con dos características que deben ser resaltadas:

a) la presunción alcanza por igual a una diversidad de sujetos pasivos que tienen las más variadas formas de organización –vgr. sociedades, asociaciones civiles y fundaciones; empresas y explotaciones unipersonales; en ciertos casos, personas físicas y sucesiones indivisas; establecimientos estables, etc.–, y que se dedican a una pluralidad de actividades económicas distintas (art. 2º);

b) la imposición, en cuanto al activo gravado en el país, recae sobre aquellos bienes cuyo valor en conjunto supere la suma de doscientos mil pesos –\$ 200.000– (art. 3º, inciso j), parámetro que se mantuvo invariable hasta la actualidad.

11) Que, como ha sido señalado por el Tribunal y recordado en esta sentencia, escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 7:331; 51:349; 137:212; 243:98). En consecuencia, aquéllos tienen la atribución de elegir los objetos imposables, determinar las finalidades de percepción y disponer los modos de evaluación de los bienes o cosas sometidos a gravamen siempre que, conviene reiterarlo, no se infrinjan preceptos constitucionales (Fallos: 314:1293).

12) Que, asimismo, como principio general, no es objetable que el legislador al establecer un tributo utilice la técnica de las presunciones. La necesidad de acudir a éstas es admitida por la doctrina y receptada por los ordenamientos jurídicos de diversos países, aunque se ha enfatizado en que para evitar situaciones inicuas su uso debe ser limitado a aquellos casos en que existan circunstancias especialísimas que lo justifiquen.

En efecto, la problemática de las presunciones en materia tributaria es el resultado de la tensión de dos principios: el de justicia tributaria y el de capacidad contributiva, y es por ello, que *“requieren un uso inteligente, concreto y racional”*. Es en el supuesto de las presunciones denominadas *iuris et de iure*, en el que la cuestión adquiere *“su mayor dramatismo”*, pues hay veces que el legislador *“para ‘simplificar’, acude al resolutivo método de no admitir la prueba en contrario, cercenando la posibilidad de que el contribuyente utilice, frente a la Administración,*

algunos de los medios jurídicos de defensa. Que con esto se consigue seguridad jurídica es indudable; pero tal vez la aplicación del principio de capacidad contributiva se vea relegado e irrespetado por tales ‘aseguramientos’” (Salvador del Castillo Alvarez-Cedrón, “Consideraciones sobre las presunciones jurídicas en materia impositiva”, Revista de Administración Pública, N° 62, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, en especial, págs. 100, 104 y 136).

13) Que, en este orden de ideas, es pertinente recordar que esta Corte ha justificado la existencia de esta clase de mecanismos presuntivos, pero al así hacerlo, ponderó la existencia de excepcionales circunstancias.

Así, sólo a título de ejemplo, el Tribunal encontró razones de peso que sustentaban la irrefutabilidad de la presunción contenida en la ley del impuesto a las ganancias acerca de que constituye ganancia neta de fuente argentina el 50% del precio pagado a los productores, distribuidores o intermediarios, por la explotación en el país de transmisiones de radio y televisión emitidas desde el exterior, o en el caso de las compañías extranjeras dedicadas a la actividad cinematográfica, que se encuentran gravadas en forma similar (art. 13, incisos a y c, de la ley del gravamen). Lo expresó así: *“surge en forma categórica el hecho de que el poder legislador nada ha improvisado sino que ante la condición especialísima en que se desarrolla el negocio de películas a exhibir por parte de las compañías extranjeras, se vio precisado a crear –con esa actividad industrial y comercial– una categoría también especial de contribuyentes; y no exclusivamente porque sean extranjeras las compañías sino en razón de las formas o maneras como realizan sus actividades las mismas, que no permiten al Fisco un análisis del negocio semejante al que se practica con las compañías argentinas que producen y exhiben películas”* (cfr. A.124.XXXIV “Asoc. de Socios Argentinos de la O.I.T. c/ D.G.I. s/ repetición D.G.I.”, sentencia del 3 de abril de 2001 –Fallos: 324:920– y los fallos allí citados).

14) Que, en el caso, sobre la base de la alegada necesidad de inducir al pago del impuesto a las ganancias y asegurar al fisco la recaudación de un ingreso mínimo –argumento del legislador–, o bien, con sustento en que quien mantiene un activo afectado a una actividad empresarial es porque, al menos, obtiene una rentabilidad que le permite su sostenimiento –argumento del mensaje de elevación N° 354–, se ha contemplado en la hipótesis de incidencia del tributo la presunción de

obtención de una ganancia mínima que no es posible derribar mediante prueba en contrario.

Como fue señalado en el considerando 10 de la presente –y a diferencia de los casos precedentemente citados–, el tributo en examen pesa sobre un universo de actividades heterogéneas –sin consideración a particularidad alguna– y sobre innumerables formas de organización de los recursos humanos. Prueba de ello, lo constituyen los diferentes supuestos fácticos que el Tribunal tiene ante sí (en esta causa, la sociedad actora se dedica a la actividad hotelera, y en las restantes, las actividades desarrolladas consisten en la venta de materiales para la construcción, o en el desempeño de la industria metalúrgica).

Sin embargo, el legislador, sin tener en cuenta las modalidades propias que pueden adquirir explotaciones tan diversas, ha supuesto –sobre la base de la existencia y mantenimiento de sus activos– que dichas explotaciones, en todos los casos, obtendrán una renta equivalente al 1% del valor de éstos, y no ha dado fundadas razones para impedir la prueba de que, en un caso concreto, no se ha obtenido la ganancia presumida por la ley.

15) Que, la iniquidad de esta clase de previsión, se pondría en evidencia ante la comprobación fehaciente de que aquella renta presumida por la ley, lisa y llanamente, no ha existido.

Según lo ha juzgado el *a quo*, esta última situación es la que se configura en el sub examine, y como se verá, este aspecto de la decisión es irrevisable por el Tribunal.

En efecto, la cámara, sobre la base de la pericia contable de fs. 224/228 –no objetada por las partes– concluyó que los resultados de la sociedad arrojan pérdidas que “...obstarían a descontar el impuesto del que aquí se trata e incrementarían aun más el detrimento contable e impositivo, circunstancia que desvirtúa la [existencia de una] ‘ganancia presunta’” (fs. 269).

El Estado Nacional nada ha expresado en el recurso extraordinario acerca de la ponderación de la prueba realizada por el *a quo* y, además, al concederse dicho recurso solamente en cuanto a la inteligencia de las normas federales y ser desestimado en lo relativo a la arbitrariedad planteada, el apelante tampoco dedujo el recurso de queja.

16) Que, en las condiciones relatadas en este pronunciamiento, corresponde concluir que el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley, y por lo tanto, las normas impugnadas son constitucionalmente inválidas en su aplicación al caso, lo que así se declara.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se confirma la sentencia de fs. 268/269 vta., en cuanto ha sido materia de apelación. Sin costas en atención a que no ha mediado contestación del recurso extraordinario. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 268/269 vta.), al revocar, por mayoría, la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda (fs. 239/240), declaró la inconstitucionalidad, con relación a la actora, del título V (art. 6º) de la ley 25.063, por el que se instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta.

2º) Que, para así resolver, el tribunal *a quo* consideró que surge del texto de la ley una presunción de renta fundada “en la existencia de activos en poder del contribuyente”, motivo por el cual existe “una marcada desconexión entre el hecho imponible y la base imponible” (fs. 268) en tanto se grava una manifestación de capacidad contributiva presunta, que considera sólo al activo para la base imponible, sin tener en cuenta la existencia de pasivos. En esa línea de razonamiento, puso de relieve que, según las conclusiones del peritaje contable

producido en autos, en los ejercicios de los años 1995, 1996 y 1998 la actora registró pérdidas que obstarían a descontar el impuesto aquí considerado. En consecuencia, tuvo por acreditada la ausencia de capacidad contributiva, la cual es el “soporte inexcusable de la validez de todo gravamen” (fs. 269/269 vta.). Al respecto puntualizó que no debe confundirse lo referente a la elección de las manifestaciones de riqueza sobre las que se impone un tributo, que pertenece al ámbito de reserva del legislador y, en principio, no es revisable judicialmente, en tanto no resulte irrazonable o manifiestamente arbitrario, con el control que pueden ejercer los jueces a fin de establecer la vinculación entre el presupuesto generador de la obligación y la existencia efectiva de capacidad económica que le atribuye contenido.

3º) Que contra lo así resuelto, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario que fue denegado en lo relativo a las invocadas causales de arbitrariedad y de gravedad institucional (sin que se haya deducido a este respecto recurso de hecho) y concedido en cuanto a que la sentencia interpretó normas de carácter federal en sentido adverso al postulado por la apelante (confr. fs. 291). Con tal alcance, el recurso resulta formalmente procedente, de acuerdo con lo dispuesto por los incs. 1º y 3º del art. 14 de la ley 48, en razón de que, efectivamente, se halla en tela de juicio la validez e inteligencia de normas de aquella índole y lo resuelto por el *a quo* es contrario al derecho que el apelante funda en ellas.

4º) Que el impuesto cuya validez constitucional se encuentra en discusión se aplica sobre los activos valuados de acuerdo con las disposiciones de la ley respectiva (art. 1º del capítulo I del título V de la ley 25.063), pertenecientes, entre otros sujetos, a las “sociedades domiciliadas en el país” (art. 2º inciso a), por lo cual alcanza a la sociedad anónima que promovió estas actuaciones.

5º) Que por su parte el art. 13 (con sus modificaciones), tras establecer que el impuesto a ingresar “surgirá de la aplicación de la alícuota del uno por ciento (1%) sobre la base imponible del gravamen determinado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley”, prescribe “que el impuesto a las ganancias determinado para el ejercicio fiscal por el cual se liquida el presente gravamen podrá computarse como pago a cuenta” de este último (una vez deducido de éste el que sea atribuible a los bienes a que se refiere el artículo incorporado a continuación del art. 12) y, por otra, que si resultase insuficiente el impuesto a las ganancias

computable como pago a cuenta del presente gravamen y, por tanto, “procediera en un determinado ejercicio el ingreso del impuesto de esta ley, se admitirá, siempre que se verifique en cualesquiera de los DIEZ (10) ejercicios siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de este último gravamen, en el ejercicio en que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado y hasta su concurrencia con el importe a que ascienda dicho excedente”.

6º) Que el legislador instauró este tributo sobre la base de considerar que los activos afectados a una actividad económica son potencialmente aptos para generar una renta, y estableció, por lo tanto, una imposición sobre ellos que opera coordinadamente con el impuesto a las ganancias según lo precedentemente reseñado. En efecto, como lo expresó el Poder Ejecutivo en el mensaje de elevación del proyecto de ley, la creación de este tributo se funda, en lo esencial, “en el hecho de que el mantenimiento de un activo afectado a la actividad empresarial requiere necesariamente, para su desarrollo en condiciones de competitividad, de la generación de una rentabilidad que contribuya como mínimo a su sostenimiento. De tal manera, el impuesto que se propicia (...) sólo castiga a los activos improductivos sirviendo de señal y acicate para que sus titulares adopten las decisiones y medidas que estimen adecuadas para reordenar o reorganizar su actividad, a fin de obtener ese rendimiento mínimo que la norma pretende” (“Antecedentes parlamentarios” ed. La Ley, 1999-A”, págs. 880/881).

7º) Que sentado lo anterior, la cuestión objeto de controversia es, en lo esencial, determinar si ese modo de imposición, en la medida en que no tiene en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos por la norma y se desentiende de la existencia de utilidades efectivas, resulta inconstitucional, en tanto, como sucede en el *sub examine*, la actora ha demostrado que su explotación comercial arrojó pérdidas en los períodos ya indicados.

8º) Que, como ha sido señalado, el *a quo* declaró la inconstitucionalidad del tributo por la ausencia de capacidad contributiva de la actora. Al respecto corresponde afirmar, de modo liminar, que, en efecto, la existencia de una manifestación de riqueza, o capacidad contributiva, constituye un requisito indispensable de validez de todo gravamen, tal como lo señaló el Tribunal en el precedente “Navarro Viola de Herrera Vegas, Marta c/ Estado Nacional (DGI)”, Fallos: 312:2467 (considerando

8º). Sin embargo, esta Corte no comparte la conclusión de la cámara respecto de la ausencia de dicho requisito en el caso de autos, toda vez que se encuentra fuera de controversia el hecho de que la actora era titular de activos afectados a una explotación comercial durante los ejercicios respecto de los cuales se discute la aplicación del impuesto. Tales activos constituyen una manifestación de capacidad económica para contribuir con los gastos del Estado, sobre la cual el legislador –según su criterio o valoración– puede válidamente imponer un tributo. En tal sentido, no parece correcto sostener que el único índice de capacidad contributiva sea la efectiva obtención de réditos o ganancias, ya que la propiedad de determinados bienes constituye una exteriorización de riqueza susceptible de ser gravada en tanto la imposición no transgreda los límites constitucionalmente admisibles y, en particular, no se demuestre la existencia de un supuesto de confiscatoriedad.

9º) Que, sentado lo que antecede, cabe recordar que esta Corte tiene dicho que no le compete considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que necesita el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro; sólo le corresponde declarar si repugna o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional (Fallos: 223:233). Es que, salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades del Congreso Nacional para crear impuestos o contribuciones son amplias y discrecionales, de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerza es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 314:1293, considerando 5º, y sus citas), en tanto constituyen, por aplicación del principio de separación de poderes y de legalidad, un ámbito reservado al único departamento que, de conformidad con la Constitución, se halla habilitado para ejercer tales facultades (Fallos: 155:290; 182:411; 294:152 y muchos otros).

10) Que, desde tal perspectiva, cabe recordar que el examen de razonabilidad de las leyes en orden a su constitucionalidad no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ella contenidas y de modo alguno sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (Fallos: 311:1565, entre otros). De tal manera, establecer un gravamen que recae sobre los activos, fundado en la consideración de que los bienes afectados a una actividad económica son potencialmente aptos para generar una renta, no resulta descalificable desde el punto de vista de la razonabilidad, máxime teniendo en cuenta la modicidad de la alícuota (uno por ciento) fijada por la ley. Por el contrario, como

lo señala el señor Procurador General en su dictamen, lo irrazonable, y contrario al sentido común, sería presumir que una explotación pudiera subsistir con un activo improductivo.

11) Que, por otra parte, la actora tampoco ha demostrado que la aplicación del impuesto resulte inválida por constituir un supuesto de confiscatoriedad.

Al respecto, la constante jurisprudencia del Tribunal ha establecido que aquélla se configura cuando se produce una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital (Fallos: 242:73 y sus citas; 268:56, entre otros) la cual, a los efectos de su apreciación cuantitativa, exige considerar la productividad posible del bien, esto es, su capacidad productiva potencial (Fallos: 314:1293; 322:3255 y sus citas; confr., asimismo: Fallos: 248:285, considerando 3º y su cita; 268:56 y muchos otros). A su vez, en relación a este último aspecto, la Corte precisó que no cabe tener en consideración ni la disminución o supresión de utilidades por circunstancias eventuales ni la que proviene de la inapropiada administración del contribuyente, sino, por el contrario, el rendimiento normal medio de una correcta explotación del bien concretamente afectado (Fallos: 200:128, pág. 141 y sus muchas citas) o “el índice de productividad” de los bienes gravados “considerada la posible explotación racional de aquéllos” (Fallos: 220:1300; confr., asimismo, Fallos: 239:157; 286:166, considerando 7º, sus citas y muchos otros).

Asimismo el Tribunal ha requerido “una prueba concluyente a cargo del actor” acerca de la evidencia de la confiscatoriedad alegada (Fallos: 322:3255 y sus citas).

Los principios básicos aplicables en esta materia han sido sintetizados en el último de los precedentes citados en los siguientes términos: a) el carácter confiscatorio de los tributos debe relacionarse con el valor real y actual del bien o su potencialidad productiva; b) esta apreciación de una situación fáctica no debe surgir de una mera calificación pericial de la racionalidad presunta de la explotación sino de la comprobación objetiva de los extremos indicados precedentemente; y c) la acreditación del agravio constitucional debe ser clara y precisa, esto es, inequívoca.

12) Que en el caso de autos, la sentencia de primera instancia negó que el impuesto en cuestión fuese confiscatorio como lo había alega-

do la actora al promover la presente causa. Sin embargo ésta, en su memorial de agravios ante la cámara (confr. fs. 249/261; esp. fs. 255 vta./256), no formuló agravios concretos respecto de esa conclusión, la que, en consecuencia, ha quedado firme.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar, a mayor abundamiento, que es evidente que un peritaje contable que se limita a acreditar que la empresa ha tenido resultados económicos negativos (pérdidas) en los últimos años —con la excepción de un ejercicio— y que, igualmente, la determinación del impuesto a las ganancias arrojó saldos negativos de manera que en los últimos diez ejercicios sólo en uno resultó obligada a abonar ese impuesto (confr. fs. 224/228), carece de aptitud para demostrar la existencia de un supuesto de confiscatoriedad según las pautas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal reseñada en el considerando precedente.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas (arts. 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario deducido por **el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos y Administración Federal de Ingresos Públicos)**, representado por **la Dra. Estrella Arias Rellán**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V)**.

Intervino con anterioridad el **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12**.

LUIS ALBERTO MARTORELLI Y OTROS

GUARDA DE MENORES.

Corresponde dejar sin efecto la resolución que desestimó la competencia de los jueces argentinos en favor de los tribunales de Paraguay si en materia de guarda preadoptiva los patrones fictos no son, en principio, adecuados para dilucidar

los asuntos relativos a la competencia y el tribunal se adhirió a un factor formal –domicilio paterno denunciado en la partida de nacimiento– sin indagar en los componentes efectivos de la situación del infante, quien habitaría en territorio nacional desde el momento de su nacimiento y, en atención al tiempo transcurrido desde el inicio del pedido de guarda, puesto que es prioritario asegurar la protección de los derechos fundamentales del niño, corresponde en ejercicio de la facultad contemplada en la segunda parte del art. 16 de la ley 48, disponer el juzgado que deberá conocer en las actuaciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la resolución dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, que mantuvo el criterio consagrado en las instancias anteriores, en el sentido de desestimar la competencia de los jueces argentinos en favor de los tribunales de Paraguay, los peticionarios interpusieron recurso extraordinario, que fue concedido a fs. 147/153.

– II –

La Corte local, por mayoría, apreció que en autos no está acreditado en forma fehaciente que el domicilio de los progenitores se situara en la ciudad de Posadas. Y, a partir de allí, por remisión al art. 98 del Código Civil, hizo prevalecer como punto de conexión, el dato asentado en el instrumento glosado a fs. 9/10, que refiere a la ciudad de Encarnación, en la vecina República.

– III –

Disconformes, los recurrentes tildan al pronunciamiento de arbitrario. Para así hacerlo, arguyen que el fallo se basó únicamente en el antecedente consignado en la partida de nacimiento del niño, sin considerar que ese asiento tiende a justificar el pago de un canon que tributan los extranjeros, en concepto de atención hospitalaria. Tampon-

co, dicen, se ha atendido al dictamen de la Sra. Defensora de Menores de Cámara, quien advirtió que la residencia de los progenitores en la ciudad de Posadas resulta del informe ambiental agregado a la causa, así como que –al tratarse de una zona fronteriza– es habitual que las personas circulen hacia y desde ambos países, en función de las oportunidades laborales.

Aducen que lo decidido infringe el art. 18 y el preámbulo de la Constitución Nacional, al impedir que los interesados acudan a la jurisdicción argentina; con lo cual, E.D.B. –de nacionalidad argentina–, perdería su derecho a formar parte de una familia, desde que sus padres de sangre han optado por darlo en adopción.

Reprochan que los jueces no hayan dictado alguna medida de protección, y preconizan que el Estado debería bregar por integrar legalmente al niño a la familia que lo recibió al nacer.

Citan precedentes de esa Corte y reclaman la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto impone consagrar el interés superior del menor. Agregan que los magistrados deberían haber valorado lo que puede acontecer en el futuro, de acuerdo a ese interés del niño, reconociéndolo así como un sujeto de derecho en orden a su formación integral y no como un objeto de la actuación judicial.

– IV –

En primer lugar, cabe acotar que, atendiendo a la índole del problema, he de dictaminar de inmediato, sin perjuicio de que, previo a decidir, se escuche al Ministerio Pupilar.

En cuanto a la procedencia formal de la apelación, si bien, por regla, las providencias que tratan asuntos atinentes a la competencia, son extrañas al conocimiento asignado a esa Corte, en los términos del art. 14 de la Ley 48, pienso que el contenido del planteo sobre el que debo expedirme, suscita cuestión federal suficiente, en tanto importa privar a los peticionarios de la jurisdicción argentina (arg. Fallos: 321:48 y 2894; 322:1754; 327:3701).

Así las cosas, V. E. no se encuentra vinculada por los argumentos de las partes o del tribunal de la causa, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto (arg. Fallos: 322:1754; 324:2184 y sus citas, entre muchos otros).

– V –

Corresponde señalar que las constancias obrantes a fs. 13/30 y 22 evidencian que la residencia de los padres de sangre al tiempo de la entrega de hecho, se encontraba en la ciudad de Posadas.

En dicho contexto, por su generalidad e imprecisión, el dato consignado en la partida de nacimiento de fs. 9/10, carente de sustento en otra información fidedigna, no constituye un elemento de juicio que patentice la configuración de un punto de contacto con la jurisdicción paraguaya.

Por lo tanto, entiendo que, en definitiva, el problema sometido a examen, debe resolverse –por lo menos en este estadio– en base a los criterios expuestos en el dictamen emitido *in re* “Vallejos Norambuena y Gaccio Fabiana Noemí s/guarda con miras a adopción” (S.C. N° 1310; L. XLIII), que V.S. compartió en su sentencia del 28/5/2008 (v. Fallos: 331:1344).

En esa oportunidad, en concordancia con los precedentes allí mencionados, se estableció que, en materia de guarda preadoptiva, los patrones fictos no son, en principio, adecuados para dilucidar los asuntos relativos a la competencia.

Sin embargo, como se adelantó, el tribunal superior de la causa se ha adherido a un factor formal (domicilio paterno denunciado en la partida de nacimiento), sin indagar en los componentes efectivos de la situación del infante, quien habitaría en territorio nacional desde el momento de su nacimiento (conforme se desprende del relato de fs. 132 vta. tercer párrafo, verosímil en razón del objeto mismo del proceso). Lo dicho conduce a concluir que el recurso deducido, debe prosperar.

En esa misma línea, al ignorar abiertamente las circunstancias en que se desenvuelve la realidad de ese niño, a cuya protección debían propender, los jueces se han apartado de la doctrina sentada por V.E. sobre el particular, defecto que –de acuerdo con su inveterada enseñanza–, autoriza a descalificar el pronunciamiento impugnado (arg. Fallos: 307:1094 consid. 2; 325:1227; 326:1138; 329:4931, entre muchos otros).

– VI –

Sin perjuicio de lo que dejé dicho, en concordancia con los lineamientos propuestos en el apartado V del precitado dictamen, he de reiterar aquí la trascendencia de asumir prontamente la intervención jurisdiccional en este tipo de asuntos, donde los niños transitan durante meses o años por el trance de una eventual adopción, sin llevar a cabo evaluaciones o control judicial de ninguna especie; estado que agravia seriamente sus derechos fundamentales.

De tal suerte, creo de la mayor importancia que el servicio de justicia se dedique inmediatamente a su seguimiento, tan largamente postergado.

– VII –

En consecuencia, opino que V.E. debe revocar la decisión apelada. Buenos Aires, 23 de septiembre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Martorelli, Luis Alberto y otros s/ rex. ext. de inaplic. de ley en autos: ‘Expte. Martorelli, Luis Alberto y otro/a s/ guarda con fines de adopción’”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expuestos por la señora Procuradora Fiscal en el dictamen que antecede, a los que remite en razón de brevedad.

Que, no obstante, en atención al tiempo transcurrido desde el inicio del pedido de guarda con fines de adopción –efectuado el 12 de marzo

de 2007–, puesto que es prioritario asegurar la protección de los derechos fundamentales del niño y concordemente con lo dictaminado por el señor Defensor Oficial ante esta Corte, este Tribunal en ejercicio de la facultad contemplada en la segunda parte del art. 16, de la ley 48, resolverá la cuestión suscitada en torno de la jurisdicción (conf. Fallos: 322:2755 y 316:180, entre otros).

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se deja sin efecto la sentencia apelada y se dispone que conozca en el presente el Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Posadas, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de Misiones.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expuestos por la señora Procuradora Fiscal en el dictamen que antecede, a los que remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada a fin de que, por quien corresponda, sea dictada una nueva con arreglo a la presente. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Luis Alberto Martorelli y Marcela Susana Maschi**, representados por la Dra. **Ester Beatriz Behar**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, de la Primera Circunscripción Judicial de la ciudad de Posadas. Juzgado de Familia N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de Posadas de la Provincia de Misiones**.

ENRIQUE THOMAS c/ E.N.A.

MEDIOS DE COMUNICACION.

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual– mientras se sustancia la causa, con caución juratoria, al mismo tiempo que tuvo por entablada la acción contra el Estado Nacional, pues el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la norma con efecto *erga omnes*, tienen una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos que la cámara no aplicó.

MEDIOS DE COMUNICACION.

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual–, pues un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas, y, por el contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto.

MEDIOS DE COMUNICACION.

Si bien los pronunciamientos atinentes a medidas cautelares son regularmente extraños a la instancia revisora de la Corte, por no tratarse de sentencias definitivas, cabe hacer excepción cuando tales medidas puedan enervar el poder de policía del Estado o excedan el mero interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad, situación que se configura en el caso, pues la decisión recurrida –suspensión de la aplicación de la ley 26.522 que reglamenta los Servicios de Comunicación Audiovisual– neutraliza por completo la aplicación por las autoridades competentes de una ley formal del Poder Legislativo, de modo que la decisión en recurso presenta gravedad institucional en la medida que trasciende aquél mero interés particular para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional.

MEDIOS DE COMUNICACION.

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de

ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual– mientras se sustancia la causa, con caución juratoria, pues no aparece como un remedio proporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia, no sólo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y la amplitud de la medida dispuesta, sino también porque, en la tarea de ponderación, el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la ley con efecto *erga omnes*, tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

MEDIOS DE COMUNICACION.

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual– mientras se sustancia la causa, pues aquél carece de legitimación activa, ya que si bien al promover el amparo alegó un perjuicio personal y particularizado, el remedio solicitado no guarda proporción con el daño invocado sino que tendría incidencia sobre los derechos de toda una categoría de sujetos que no se encuentran representados en la causa, particularmente la mayoría de legisladores que no han participado del proceso y que, muy plausiblemente, tengan un interés personal simétrico al del actor, pero contrario a la anulación de la ley (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 1954/1970, la Cámara Federal de Mendoza (Sala A) confirmó la resolución de la jueza de primera instancia de fs. 1449/1462, por la que dispuso hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor, diputado nacional Enrique Luis Thomas, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 mientras se sustancia la causa, con caución juratoria, al mismo tiempo que tuvo por entablada acción de amparo contra el Estado Nacional (Poder Legislativo –H. Cámara de Diputados– y Poder Ejecutivo).

Para resolver de ese modo, la cámara desestimó los agravios que el Estado Nacional había planteado contra la resolución de la instancia

anterior y, en tal sentido, sostuvo que la vía utilizada por el actor para canalizar su reclamo resultaba procedente, según la interpretación que le asignó a las disposiciones constitucionales y legales que regulan la acción de amparo.

Asimismo, consideró que aquél está legitimado para instar la actuación del Poder Judicial en este caso, porque —según dijo— cuenta con un derecho fundamental vulnerado, pues en su condición de legislador afectado invoca un legítimo derecho en tal carácter y en función de la representación de los ciudadanos.

En opinión de los jueces del tribunal apelado, tales calidades lo legitiman para accionar judicialmente en reclamo del cumplimiento de una norma constitucional, por violación en el trámite de la sanción de la ley, al que califica de “irregular” respecto de varios artículos del reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, lo cual habría conculcado y menoscabado sus derechos como diputado nacional.

En tal sentido, desestimó los argumentos del Estado Nacional, en cuanto cuestionó el rol institucional del legislador y la falta de legitimación activa para recurrir al Poder Judicial a los efectos de que se revisen los criterios legislativos aplicables en un trámite parlamentario y sobre la votación misma de la propia Cámara de Diputados, porque consideró que no es necesario que exista una norma que lo habilite o autorice expresamente para actuar como lo hizo, sino que le basta con la investidura y los poderes-derechos que genérica y específicamente le otorgan la Constitución y las normas que rigen su designación, función y responsabilidad.

En consecuencia, la cámara estimó que el legislador obró legitimado activamente por su calidad de diputado nacional y, como tal, en representación de los ciudadanos que lo votaron, aunque aclaró que esa legitimación resultaba excepcional en el caso, porque entendió que se había cercenado el ejercicio efectivo de su función debido a la existencia de procedimientos irregulares tendientes a impedir que cumpliera la obligación de verificar que todo el proceso de formación de las leyes discurra por los cauces reglamentarios y legales.

Señaló, además, que en el caso se encuentran en juego derechos de incidencia colectiva, relativos o generados por “*intereses individuales homogéneos*”, como es el de todo ciudadano argentino a ser regido por

leyes dictadas de conformidad con las normas constitucionales, y que por ende se excluya a las que no se conforman al estándar institucional propio de todo Estado de Derecho.

Luego de expedirse sobre tales tópicos, el tribunal apelado confirmó la decisión de la jueza de primera instancia porque entendió cumplidos los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares.

Con relación al *fumus bonis iuris*, aun con el grado de probabilidad propio de este tipo de resoluciones judiciales, el tribunal juzgó que durante el trámite parlamentario se violaron normas sustanciales del reglamento del cuerpo legislativo, de modo tal que aparecen vicios de ilegitimidad, arbitrariedad y gravedad institucional que aconsejan mantener el estado de suspensión en la aplicación y en los actos de ejecución del referido texto legal mientras se sustancia la causa principal. El desconocimiento o apartamiento de pautas esenciales del reglamento aludido permiten presumir –dijo– la posibilidad de una sentencia sobre el fondo del asunto que haga lugar a la nulidad e inconstitucionalidad de esa ley atento a las consideraciones que *prima facie* aparecen comprobadas con la prueba instrumental y documental que adjuntaron las partes. En concreto, consideró probado que se vulneraron las previsiones de los arts. 26, 50, inc. 5º), 110, 113, 125, 157 y 227 del reglamento citado.

En cuanto al otro requisito que se exige para otorgar medidas cautelares, esto es el peligro en la demora, si bien la cámara lo señaló como tal de modo conceptual (v. fs. 1961 vta./1962), nada dijo en concreto en la resolución que ahora se impugna sobre si lo consideraba cumplido en el *sub lite*.

– II –

Contra esta decisión, el Estado Nacional, por intermedio de la Procuración del Tesoro de la Nación, interpuso el recurso extraordinario de fs. 1976/1997, que fue concedido (fs. 2018/2019).

En primer término, señala que la sentencia es asimilable a definitiva, porque le produce daños irreparables, incide directa y decisivamente sobre el interés de la comunidad y se pronuncia sin ambages sobre el fondo de la cuestión, por lo que constituye una verdadera sentencia anticipatoria. Dice, además, que la peculiar relevancia de la cuestión

excede el interés particular y que las graves consecuencias de índole jurídica, institucional y económico–financieras que entraña la decisión tanto para el Estado Nacional como para la sociedad en su conjunto, permiten sostener que en el caso se configura un supuesto de gravedad institucional que habilita la instancia extraordinaria.

Sus agravios contra la sentencia que impugna se pueden resumir del siguiente modo:

a) El actor carece de legitimación para demandar, pues su calidad de diputado nacional y representante de los ciudadanos que lo eligieron lo legitima sólo para actuar en la Cámara de Diputados de la Nación, según concluye del examen de distintos precedentes de la Corte Suprema que cita. En tal sentido, señala que la verdadera cuestión en conflicto es que el actor pretende –y el tribunal apelado le ha concedido– alcanzar por la vía judicial aquello que ha carecido de la voluntad mayoritaria en el ámbito del Poder Legislativo. Con ello se vulnera el principio de división de poderes y el sistema representativo que establece nuestra Constitución Nacional. Por otra parte, también sostiene que la falta de legitimación del actor es más evidente en tanto y en cuanto en autos no se debaten derechos de incidencia colectiva, en los términos del art. 43 del texto constitucional, ni mucho menos en mérito a los lineamientos establecidos por el Tribunal en el caso “Halabi” (Fallos: 332:111).

b) Tampoco se configura en el *sub lite* un “caso” o “causa” que permita la actuación del Poder Judicial. Ello es así, porque a tales fines se requiere la existencia de un agravio concreto o de un interés sustancial y en la especie la preocupación que formula el diputado Thomas en su condición de ciudadano no alcanza para satisfacer dicho presupuesto.

c) La vía elegida, que la cámara convalidó con la sentencia apelada, es improcedente, porque, además de que aquélla no efectuó examen alguno sobre los requisitos que se exigen para su procedencia, tampoco atendió los argumentos que expuso en el pleito. En concreto, señala que el amparo sólo procede ante la inexistencia de otras vías y que la cámara no tuvo en cuenta que el cuerpo legislativo al que pertenece el actor ha previsto procedimientos para resolver las cuestiones reglamentarias. En tales condiciones, dice también que, de entender que era procedente la vía del amparo, de todas formas éste debió ser desestimado por el vencimiento del plazo previsto en el art. 2º, inc. e), de la ley 16.986, porque en el momento de inicio de esta causa habían

transcurrido más de quince días hábiles desde que el actor tomó conocimiento de los supuestos vicios del trámite parlamentario.

d) En relación con el proceso de formación y sanción de las leyes, critica que la cámara haya soslayado la doctrina que surge del precedente de la Corte de Fallos: 318:967 y que sólo haya citado los votos de los jueces que se pronunciaron en disidencia en esa causa. También dice que son inaplicables los casos “Bussi” y “Binotti” (Fallos: 324:3358 y 330:2222, respectivamente) y que el objeto de esta causa no se refiere a los aspectos sustanciales de la ley sino a meros aspectos formales de procedimiento, en cuanto a plazos, que ni siquiera fueron cuestionados por el actor en el recinto legislativo.

e) La medida cautelar no cumple los requisitos legales, resuelve el pleito en forma anticipada y coincide con la pretensión de fondo. En tal sentido, dice que la resolución de la cámara ejecuta anticipadamente el objeto del juicio suspendiendo *erga omnes* los efectos de la ley 26.522 cuando, en verdad, toda medida cautelar debe perseguir el aseguramiento de los derechos ante una eventual sentencia condenatoria para que no la torne ilusoria, pero no satisfacer íntegra y anticipadamente la pretensión del actor. También cuestiona que la cámara haya considerado verosímil el derecho invocado por el actor y se agravia por la absoluta ausencia de fundamentos para considerar cumplido el requisito del peligro en la demora.

– III –

Ante todo, cabe recordar que las resoluciones que ordenan, modifican o levantan medidas cautelares, no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros), pero esa regla cede cuando aquéllas causan un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 328:4493, 4763), o cuando se configura un supuesto de gravedad institucional (Fallos: 323:337; 328:900; 329:440).

Con particular referencia al caso de autos, conviene recordar la jurisprudencia que señala que también se asimilan a definitivas, a los fines del recurso extraordinario, las medidas cautelares que eventualmente pueden enervar el poder de policía del Estado, o exceden

el interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad.

En este sentido, el Tribunal consideró admisible aquel recurso contra una resolución cautelar que podía frustrar los propósitos de disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía y control de lo referente al ingreso y egreso de mercaderías del territorio nacional (Fallos: 330:3582), u otra que impedía la aplicación de disposiciones de carácter general dictadas por los organismos estatales con incumbencia específica en la materia, en ejercicio del poder de policía, con el objeto de preservar los recursos naturales de la Nación (Fallos: 323:3075; 327:1603; 328:900), o cuando con la cautelar se afectaba el poder de policía y control del sistema financiero (Fallos: 312:409).

Sobre la base de tales criterios, en mi opinión, en el *sub lite* se verifica un supuesto excepcional que permite asimilar a definitiva la sentencia recurrida, en tanto es evidente que con su dictado se neutraliza una ley formal del Poder Legislativo, así como su aplicación por las autoridades competentes.

Por lo demás, considero que también se configura la situación de gravedad institucional que denuncia el recurrente, pues es claro que la resolución impugnada trasciende a las partes y proyecta sus efectos sobre toda la comunidad, en la medida en que la suspensión dispuesta comprende a todas las disposiciones legales y en todo el territorio nacional, de modo tal que la decisión judicial trae aparejada la inaplicabilidad del nuevo marco regulatorio sobre los servicios de radiodifusión.

Incluso antes de ahora tanto el Ministerio Público Fiscal como la Corte Suprema entendieron que se daba esa situación cuando una medida cautelar excedía el interés de las partes y proyectaba sus efectos sobre toda la comunidad, porque suspendía la aplicación de normas sobre radiodifusión en todo el ámbito territorial de una provincia (cfr. dictamen de mi antecesor en el cargo, del 21 de abril de 2001, *in re* C. 1419. XXXV. “Caminos, Roberto Waldino y otros c/ Comité Federal de Radiodifusión y otros”, cuyos términos y conclusiones compartió el Tribunal al fallar en esa causa mediante sentencia del 30 de octubre de aquel año).

En tales condiciones, considero que el recurso extraordinario es admisible y que, en consecuencia, procede ingresar al examen de los agravios que en él se plantean.

– IV –

Sentado lo anterior, toda vez que en el *sub lite* se cuestiona la decisión de los jueces de la causa, en cuanto admitieron la legitimación del actor para iniciar este amparo y que esos son los primeros agravios que plantea el recurrente, un orden naturalmente lógico impone examinar en primer término tal circunstancia, pues, de faltar ese requisito, estaríamos ante la inexistencia de un “caso”, “causa” o “controversia”, que tornaría imposible la intervención de la justicia (cfr. dictámenes del Ministerio Público Fiscal en los precedentes publicados en Fallos: 324:333 y 326:1007).

Desde antiguo la Corte ha declarado que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 94:51; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397 y muchos otros).

Así, ya desde sus inicios (cfr. Fallos: 1:27 y 292), el Tribunal negó que estuviere en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo (Fallos: 12:372; 95:51 y 115:163). Ello es así pues –como lo afirmó en Fallos: 242:353– el fin y las consecuencias del control encomendado a la Justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes, según lo expuso el juez Frankfurter con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S. 149).

Es por tales motivos que el art. 2º de la ley 27 dispone que la Justicia nacional nunca debe proceder de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Así lo ha entendido V.E. en su invariable doctrina, según la cual “*si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales de la Nación no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida ésta como ‘un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento’, según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso en que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental*” (Fallos: 156:318; 227:688; 245:552; 322:528, entre muchos otros).

En esta inteligencia de la cuestión, la existencia de un “caso” o “causa” presupone la de “parte”, es decir, de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso (Fallos: 331:2287 y sus citas).

En este orden de ideas, ha expresado V.E. en Fallos: 322:528, cons. 9º, que, como lo ha destacado acertadamente la jurisprudencia norteamericana, “*al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer*”, el cual “*resulta esencial para garantizar que [aqué]l sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal*” (‘*Flast. v. Cohen*’, 392 U.S. 83) y, en definitiva, como fue señalado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, a fin de preservar al Poder Judicial de la sobrejudicialización de los procesos de gobierno (“*The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*”, 17 *Suffolk Univ. Law Review*, 1983, pág. 881).

En síntesis, la “parte” debe demostrar la existencia de un “*interés especial*” en el proceso o, como lo ha dicho nuestra jurisprudencia, que los agravios alegados la afecten de forma “*suficientemente directa*” o “*substantial*”, esto es, que posean “*concreción e inmediatez*” bastante para poder procurar dicho proceso (cfr. Fallos: 326:3007; 331:2287, así como el dictamen del Ministerio Público Fiscal en la causa de Fallos: 329:4066).

– V –

El primer tema, entonces, consiste en determinar si el actor cuenta con legitimación para instar la actuación del Poder Judicial, tal como pretende en el *sub lite* y fue reconocido por la cámara o si, por el contrario, carece de dicho atributo, como lo sostiene el apelante.

Según expone en el escrito de inicio de esta causa, el actor invoca su calidad de ciudadano interesado en no ver afectado derechos subjetivos e intereses legítimos que derivan de tal calidad y, por ende, del interés en que las instituciones de la República articulen en forma efectiva y eficaz el principio de representación que preside nuestro régimen de gobierno. También sostiene que su legitimación surge de su condición de diputado de la Nación, en virtud de haber resultado electo para representar al pueblo y del carácter de afectado directo por la inobservancia del reglamento de ese cuerpo legislativo.

En tales condiciones, dice que puede promover esta acción y que se cometieron irregularidades en el trámite de sanción de la ley que provocan su ilegitimidad. Estos vicios afectarían a todos los ciudadanos y a él mismo en su condición de legislador, pues se le habría impedido participar en el debate y la sanción de la ley en los términos que corresponden conforme a las reglamentaciones de la Cámara de Diputados.

Al respecto, conviene señalar que estos planteos distan de ser novedosos, pues tanto el Ministerio Público Fiscal como la Corte Suprema y los demás tribunales de la Nación, en numerosos precedentes, a lo largo del tiempo vienen sosteniendo que ni la condición de ciudadano ni la de diputado nacional otorgan legitimación para requerir la actuación del Poder Judicial en casos como el que ahora se examina.

En efecto, al expresar la opinión del Ministerio Público Fiscal en la causa C. 1571. XLIII. “Carrió, Elisa c/ Consejo de la Magistratura s/ amparo” (dictamen del 27 de agosto de 2009), recordé que, con relación a la calidad de ciudadano, en forma reiterada el Tribunal ha dicho que es un concepto de notable generalidad y que su comprobación no basta para demostrar la existencia de un interés especial o directo, inmediato, concreto o sustancial que permita tener por configurado un caso contencioso, único supuesto que autoriza la intervención de los jueces nacionales (Fallos: 322:528; 324:2048). Es que esa condición, sin otro interés concreto jurídicamente protegido, no otorga legitimación suficiente para demandar (Fallos: 306:1125; 307:2384; 311:2580; 313:863; 324:2381).

Asimismo, la Corte también ha dicho que no se puede fundar la legitimación para demandar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (Fallos: 321:1352; 331:2287).

En cuanto a la alegada condición de legislador nacional para legitimarlo procesalmente, es necesario señalar que ello también fue objeto de examen por parte del Ministerio Público Fiscal en varias oportunidades. Así, al emitir opinión en la causa “Garré” (Fallos: 323:1432), el entonces Procurador General recordó –con cita de numerosos precedentes, tanto del Tribunal como de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica– que la calidad de diputado nacional, así como la invocada “*representación del pueblo*”, no otorga legitimación para demandar en casos como los aquí examinados, porque el ejercicio de

esa representación, por parte de la persona que inviste dicho cargo, encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de las cámaras fue elegido.

La Corte no sólo compartió la posición del Ministerio Público Fiscal en esa causa, sino que incluso en casos posteriores también resolvió que los legisladores carecían de legitimación para demandar (“Leguizamón” [Fallos: 324:2048] y “Rainbault” [Fallos: 324:2381], entre otros).

En el caso de autos se advierte que el diputado Thomas no invoca otro interés específico más que el suyo propio por no haber podido ejercer debidamente sus funciones como legislador; interés que no alcanza al resto de los ciudadanos.

Es claro que sus agravios se refieren a la supuesta irregularidad del trámite de sanción de la ley en el Congreso, por lo que sobre esa base solo podría presentarse en su condición de legislador y, según se ha expresado anteriormente, como principio los legisladores no tienen legitimación para atacar actos legislativos, pues si ello se admitiera se violaría el juego democrático de mayorías y minorías en el Congreso. En efecto, de permitirse que un legislador que ha votado, por ejemplo, en contra de una ley, se presente después ante la Justicia en su calidad de tal para solicitar que se la invalide, ello transformaría al Poder Judicial en un órgano legislativo, lo cual siempre ha sido descartado por ser violatorio del principio de división de poderes. En cambio, nada impide al diputado Thomas, si entiende que la ley de medios vigente fue irregularmente sancionada, presentar un proyecto derogatorio o modificatorio de aquélla.

Por otra parte, en cuanto la cámara consideró que el actor estaba legitimado por aplicación de los principios que extrajo del caso “Halabi” (Fallos: 332:111), al señalar que aquél pretende la protección de “intereses individuales homogéneos”, cabe señalar que, sin embargo, omite acreditar que, para representar esos intereses, la Corte exige la existencia de un “caso” (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2º de la ley 27), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.

En el citado caso “Halabi”, el Tribunal admitió que el actor, que invocó su calidad de abogado en ejercicio de la profesión, pidiera y obtuviera la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su decreto reglamentario por vulnerar los derechos establecidos en los arts. 18 y 19

de la Constitución Nacional en la medida en que las disposiciones impugnadas autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión podía llevarse a cabo, pues tal intervención importaba –sostuvo la Corte– una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad y ponía en riesgo el “secreto profesional” que, como letrado, estaba obligado a guardar y garantizar (arts. 6º inc. f, 7º, inc. c, y 21, inc. j, de la ley 23.187), dado que su pretensión no se circunscribía a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, era representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Como se puede apreciar, la situación de ese caso es claramente diferente a la que se plantea en el *sub lite*, en la que el actor sólo invoca violación a sus derechos como legislador.

– VI –

Aun cuando con lo dicho alcanza para descartar la existencia de caso judicial en el que pueda intervenir un tribunal y, en consecuencia, es suficiente para revocar la sentencia impugnada, en virtud de la trascendencia institucional que tiene esta causa considero necesario realizar otras consideraciones en relación con los agravios del recurrente.

En primer término, cabe resaltar que es inadmisibles que un tribunal de justicia dicte una decisión suspensiva de una ley con los efectos generales que se desprenden de la apelada, y que se deben al modo, también inadmisibles, con el que fue iniciado este juicio que nunca debió merecer una decisión más que la referida a la falta de legitimación ya examinada, máxime en un sistema como el argentino en el que las sentencias tienen, en principio, sólo efectos entre las partes (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2º de la ley 27), como ya lo expuse antes de ahora.

En efecto, en el memorial del 5 de septiembre de 2008 elaborado para la audiencia pública informativa que la Corte dispuso realizar en la causa G.147. XLIV. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, enfatiqué que no cabe duda de que resulta ajeno, en principio, al sistema vigente de control de constitucionalidad, la extensión *erga omnes* de un fallo. Por ello consideré, respecto de una decisión judicial que contradecía esos principios, que el tribunal apelado se

había arrogado una función de control de constitucionalidad extraña a nuestro sistema, a saber, la de operar como “legislador negativo”, sacando la norma fuera de aquél.

Hago hincapié nuevamente –como lo hice en aquella oportunidad– en el deber de poner de manifiesto que la posibilidad de que cualquier tribunal pueda derogar o, como en el caso, suspender, una ley del Congreso con efectos *erga omnes*, implicaría una facultad derogatoria de aquélla. Las consecuencias de tal doctrina para nuestro sistema y para la división de poderes son, desde mi punto de vista, inadmisibles.

Por consiguiente, la medida cautelar dictada por la cámara en este caso de ningún modo pudo haber suspendido con carácter general la aplicación integral de la ley.

– VII –

Debo destacar también que, al haber admitido la medida cautelar solicitada, la cámara ha soslayado abiertamente la jurisprudencia de la Corte federal según la cual lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución propia de los dos poderes constitucionalmente encargados de ello (arts. 77 a 84 de la Constitución Nacional), resulta, por regla general, ajeno a las facultades jurisdiccionales de los tribunales, con excepción de los supuestos en que se ha demostrado fehacientemente la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley (Fallos: 323:2256), y que debe distinguirse esa situación de las examinadas en las causas registradas en Fallos: 324:3358 y 330:2222, en la que estaban en juego actos del Congreso vinculados directamente con intereses de los particulares citados, por lo que se configuraban causas judiciales en el sentido ya explicado.

Me parece evidente también que es inadmisibles que se impugne, del modo que se ha hecho en autos, el trámite impreso a la sanción de una ley, con las imprecisiones con las que lo ha realizado el actor las que, confrontadas con la defensa del Estado, demuestran que las supuestas irregularidades no aparecen como tales. Por ello, es inadmisibles que se haya otorgado una medida cautelar sobre tales endeble bases, cuando reiteradamente esa Corte ha dicho que frente a la presunción de legitimidad de que gozan los actos legislativos es necesario impugnarlos sobre bases *prima facie* verosímiles para que esa presunción se destruya y se los pueda declarar ilegítimos (cfr. Fallos: 330:3126;

332:1422, entre otros). En el *sub examine*, basta con leer los fundamentos de las sentencias y los agravios del Estado para advertir que no se configuraba esa ilegitimidad, pues los vicios atribuidos por el actor al trámite y la sanción de la ley no estaban claramente configurados. Ante la duda sobre la ilegitimidad de una norma, debe estarse por su validez, por aplicación de los principios de conservación de los valores jurídicos y de presunción de legitimidad, máxime cuando se trata del dictado de una medida precautoria.

Finalmente, en relación con las supuestas irregularidades, tampoco se puede pasar por alto que el actor contaba con vías para obtener que cesaran, según lo dispuesto en el Reglamento de la Cámara de Diputados (arts. 222 y 223, que respectivamente establecen que todo diputado puede reclamar al presidente la observancia del Reglamento si juzga que se lo contraviene y que si el autor de la supuesta infracción pretendiera no haber incurrido en ella, se resolverá inmediatamente por una votación sin discusión). El demandante no alega haberlas seguido, por lo que el amparo sería inadmisibles y también cualquier decisión judicial que supliera la voluntad del órgano legislativo y la inactividad del diputado Thomas en el recinto legislativo.

– VIII –

Pienso, entonces, que el recurso extraordinario es formalmente admisible y que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de aquél. Buenos Aires, 2 de junio de 2010. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”.

Considerando:

1º) Que en cuanto al relato de los hechos y antecedentes de la causa corresponde remitir a los capítulos pertinentes del dictamen del

señor Procurador General de la Nación en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que la cuestión sometida a la consideración de esta Corte no se relaciona con la valoración constitucional del contenido de la ley 26.522, sino con la validez de una medida cautelar que suspende la totalidad de sus efectos con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite parlamentario. Así delimitada la pretensión, el recurso extraordinario es admisible en tanto, por un lado, la fundada decisión del caso remite directamente a la interpretación de diversas disposiciones de la Constitución Nacional (arts. 1, 43, 44, 75 y 116; art. 14, inciso 3 de la ley 48); y, por el otro, porque si bien los pronunciamientos atinentes a medidas cautelares son regularmente extraños a esta instancia revisora por no tratarse de sentencias definitivas, cabe hacer excepción cuando tales medidas pueden enervar el poder de policía del Estado o exceden el interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad (conf. Fallos: 307:1994; 323:3075; 327:1603; 328:900). Tal situación se configura en el caso, ya que la decisión recurrida neutraliza por completo la aplicación por las autoridades competentes de una ley formal del Poder Legislativo. Finalmente, la decisión en recurso presenta gravedad institucional en la medida en que trasciende el mero interés de las partes para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional.

3º) Que la demanda de amparo fue promovida con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial que restablezca los derechos de los que el actor dice ser titular en su doble condición de ciudadano interesado y de Diputado Nacional y que habrían sido lesionados durante el trámite parlamentario del proyecto de ley que luego fue sancionado con el número 26.522. A tal efecto, insiste en que su legitimación activa se apoya en la afectación a sus intereses particulares en participar en la deliberación previa a la sanción de esa norma.

Que la cámara admitió la legitimación del actor como afectado con base en el art. 43 de la Ley Suprema ya que –según dijo– se encuentran comprometidos derechos de incidencia colectiva, relativos o generados por intereses individuales homogéneos, como es el de todo ciudadano a ser regido por leyes dictadas de conformidad con las normas constitucionales.

4º) Que la invocación de la calidad de ciudadano, sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación

a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma (doctrina de Fallos: 306:1125; 307:2384, entre otros). En efecto, cabe poner de manifiesto que el de “ciudadano” es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial” o “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” que permita tener por configurado un “caso contencioso” (Fallos: 322:528; 324:2048).

Esta Corte ha dicho que constituye un presupuesto necesario que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323:4098), pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2º de la ley 27). En el tradicional precedente de Fallos: 156:318, esta Corte ha definido a esas causas como los asuntos en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas (considerando 5º) que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante (Fallos: 326:3007).

En este sentido, el Tribunal rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad recordando que “el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes” (arg. Fallos: 321:1352). De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el “generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno...”, “...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares” (“Schlesinger v. Reservist Committee to Stop the War”, 418 U.S. 208, espec. págs. 222, 226/227, 1974; Fallos: 321:1252).

Por otro lado, sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa “Halabi” (Fallos: 332:111), puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume, “...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición”. La sentencia dictada por esta Corte en el mencionado caso “Halabi” como no podía ser de otro modo

no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República.

5º) Que la legitimación de Enrique Thomas fundada en su carácter de miembro integrante de la Cámara de Diputados de la Nación dista mucho, también, de ser un tema novedoso en la doctrina de los precedentes de esta Corte.

La regla emana de un conjunto de pronunciamientos (Fallos: 313:863, “Dromi”; 317:335 “Polino”; 322:528 “Gómez Diez”; 323:1432 “Garre” y 324:2381 “Raimbault”) en los que se distinguieron supuestos de ausencia de legitimación de aquellos otros en los que tal legitimación podría ser reconocida.

Así, se señaló que “...no confiere legitimación al señor Fontela su invocada ‘representación del pueblo’ con base en la calidad de diputado nacional que inviste. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo para cuya integración en una de sus cámaras fue electo y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en resguardo de la división de poderes ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes dictadas por el Congreso, toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo presenta en juicio” (causa “Dromi”, ya citada).

Por su parte, también se tomó en consideración para negar legitimación a un grupo de legisladores la falta de comprobación de la afirmación efectuada por ellos de haber sufrido un daño claro, directo, inmediato de sus prerrogativas legislativas, ni que se hubiera ocasionado un perjuicio hacia sí mismos como individuos (causa “Gómez Diez” ya citada).

De lo expuesto surge que un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas. Por el

contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto.

6°) Que sobre la base de la doctrina del precedente “Gómez Diez”, no se observa en el *sub lite* la afectación a un interés personal del actor. Ello es así pues, descartada la presencia de toda cuestión contenciosa que exija definir los alcances de los derechos, inmunidades y prerrogativas que le asisten a Thomas en su condición de legislador, del análisis del caso no surge la necesaria convicción que demuestre el modo en que el demandante fue inequívocamente privado de ejercer las atribuciones que le asisten como legislador, tanto durante el tratamiento llevado a cabo en las comisiones que tomaron intervención, como en oportunidad de la consideración de los diversos dictámenes que realizó la Cámara de Diputados, de la votación en general del proyecto del dictamen de mayoría y su ulterior tratamiento y votación en particular.

7°) Que, por otra parte, no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*, lo que sin duda no se ajusta al art. 116 de la Constitución Nacional. Y ello, se torna más llamativo en el caso si se considera que el actor no representa a la cámara legislativa que integra ni al pueblo de la Nación (lo que compete a la primera), por lo cual se arribaría, como se dijo, al irrazonable resultado de extender una medida judicial a sujetos que no sólo no la han solicitado sino que, incluso, podrían no compartirla.

En este sentido, el Tribunal ha destacado con señera precisión que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes, reconociéndose el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público (Fallos: 155:248; 241:291, votos de los jueces Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte; 272:231; 308:2268, entre otros).

8°) Que por lo demás, cabe señalar que el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la ley 26.522 con efectos *erga omnes* tiene una significativa incidencia sobre

el principio constitucional de división de poderes y el modelo de control de constitucionalidad.

En efecto, el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en caso que lo haga ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia *erga omnes*.

El derecho comparado conoce también modelos impuros o combinados, que sin perjuicio de la facultad de todos los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma y no aplicarla en la sentencia, admiten también la existencia de un único tribunal con competencia para conocer de ella y hacerle perder vigencia *erga omnes*.

No existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros en forma que la competencia para hacer caer *erga omnes* la vigencia de la norma se disperse en todos los jueces, simplemente porque la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes.

El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura. En una acción como la precedente, ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, *a fortiori* menos aún puede ejercerla cautelarmente.

La suspensión cautelar de la vigencia de una norma dispuesta por un tribunal presupone que éste se atribuye la competencia para sentenciar en definitiva con idéntico poder. Dado que ese poder no lo confiere la Constitución Nacional a ningún juez ni tribunal de la Nación, alterando gravemente el modelo de control constitucional de las leyes por ella consagrado, es claro que el caso reviste gravedad institucional suficiente como para que esta Corte abra la instancia a efectos de asegurar la vigencia del sistema consagrado en las normas de máxima jerarquía, corrigiendo una deformación que introduciría el caos en la

vigencia de las leyes *sancionadas por* el Congreso de la Nación lesionando para siempre el ejercicio de los poderes constitucionales.

9º) Que, asimismo, la medida cautelar, tal como fue decretada, no respeta el criterio de razonabilidad.

Los jueces deben valorar de forma equilibrada los hechos del caso, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las tensiones entre ellos mediante una ponderación adecuada que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico. En tales condiciones, si bien la proporcionalidad, en el sentido de “prohibición de exceso”, resulta principalmente significativa frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales, sin embargo, como principio general del Estado de Derecho, y como efecto esencial del principio de razonabilidad, resulta un requisito de toda la actividad del Estado.

A la luz de los principios señalados, la medida precautoria dispuesta por el *a quo* —admitiendo una legitimación del peticionante manifiestamente insuficiente— no aparece como un remedio proporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia. Ello es así, no sólo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y la amplitud de la medida dispuesta, sino también porque, en la tarea de ponderación, el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la ley 26.522 con efecto *erga omnes*, tienen una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes por lo que su procedencia, según se expresó anteriormente, debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos que la cámara no aplicó.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que en cuanto al relato de los hechos y antecedentes de la causa, corresponde remitir a los capítulos pertinentes del dictamen del señor Procurador General de la Nación, en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que el recurso extraordinario es admisible en tanto, por un lado, la fundada decisión del caso remite directamente a la interpretación de diversas disposiciones de la Constitución Nacional (arts. 1, 43, 44, 75 y 116; art. 14, inc. 3º, ley 48); y por el otro, porque si bien los pronunciamientos atinentes a medidas cautelares son regularmente extraños a esta instancia revisora por no tratarse de sentencias definitivas, este recaudo queda satisfecho cuando, frente a las circunstancias de excepción que singularizan este caso según lo relacionado precedentemente, la decisión precautoria compromete una política gubernamental con un alcance de tal magnitud que el perjuicio causado a toda la sociedad es irreversible, por ser de imposible reparación ulterior (Fallos: 307:1994; 308:144 y 856; 312:1010; 314:1202).

3º) Que la cámara mendocina comenzó por examinar si concurrían los presupuestos necesarios para que exista una causa o juicio en los términos requeridos por el art. 116 de la Constitución Nacional, para lo cual afirmó que era necesario definir si el diputado Thomas se encontraba legitimado para promover el amparo como representante de los ciudadanos que lo eligieron, es decir en función de la representación popular que ejerce como legislador nacional.

Tras sostener que el nuevo texto del art. 43 de la Ley Suprema no innova en materia de legitimación al contemplar la presencia del afectado, como agraviado concreto por la interferencia en un derecho propio al cual el ordenamiento concede tutela jurisdiccional, la alzada trajo a colación que el art. 14 de la Carta Magna, concordemente con el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, prevé que todo hombre se encuentra facultado para realizar una solicitud al Estado y obtener una respuesta de éste, nutriendo así la raíz misma de la acción regulada en aquella disposición superior. El tribunal *a quo* dio por "...[sentado entonces que existe de

parte del actor un derecho fundamental vulnerado...Tales calidades lo legitiman para accionar judicialmente en reclamo del cumplimiento de una norma constitucional, por violación en el trámite de la sanción ‘irregular’ que denuncia respecto de varios artículos del Reglamento de la HCDN, lo cual ha conculcado y menoscabado sus derechos como Diputado Nacional]”.

La cámara agregó que no era necesaria una norma especial que habilitara a un legislador para peticionar ante el Poder Judicial, ya que su función es representar y defender a quienes lo eligieron, que no podrán actuar directamente frente a la situación de irregularidad que se ha presentado en el ámbito legislativo. Concluyó coincidiendo con lo afirmado en el fallo de primera instancia, en el sentido de que se encuentran comprometidos derechos de incidencia colectiva, relativos o generados por intereses individuales homogéneos, como es el de todo ciudadano a ser regido por leyes dictadas de conformidad con las normas constitucionales, y que distintos pronunciamientos de nuestros tribunales han otorgado legitimación, como “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492), “Colella” (Fallos: 268:352) y, recientemente, “Halabi” (Fallos: 332:111), que ha zanjado la cuestión en favor de quienes, como el actor, invocan en su demanda la protección de los derechos de incidencia colectiva.

4º) Que debe desestimarse el planteo del Estado en cuanto postula que, por su naturaleza, el procedimiento que regula la sanción y promulgación de las leyes no da lugar a una causa cuya decisión corresponda a la rama judicial del Gobierno Federal.

En efecto, sobre dicha materia hay una tradición jurisprudencial hondamente arraigada que se origina en el precedente “Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.” (Fallos: 256:556), con arreglo a la cual no está exenta del control de los magistrados de la República la lesión de derechos individuales proveniente de una violación de las normas constitucionales y reglamentarias que regulan el proceso de formación y sanción de las leyes, fehacientemente demostrativa de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley (Fallos: 268:352; 318:445; 319:1479; 321:3487; 323:2256; 330:2222). El riguroso acatamiento de dicha doctrina constitucional ha llegado a un punto en el ejercicio de la jurisdicción por parte del Tribunal, que en sus decisiones más recientes ni siquiera ha considerado necesario fundar ni justificar

acerca de estar conociendo de una cuestión justiciable, pasando derechamente a examinar el fondo del planteo sobre la validez de la norma impugnada (Fallos: 331:1123).

En las condiciones expresadas y dado que los recurrentes no aducen razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad de aquellos precedentes o importen nuevos argumentos que puedan llevar a modificar lo decidido, la cuestión federal invocada es insustancial y no justifica su examen por esta Corte (Fallos: 316:2747, y sus citas; 330:4101; causa E. 184.XXXIX “Euro Celtique S.A. c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, sentencia del 14 de septiembre de 2004).

5°) Que lo expresado lleva a examinar los agravios enderezados a cuestionar la legitimación del ciudadano y Diputado Nacional Enrique Luis Thomas para promover el presente amparo, pues si ellos prosperaran resultaría inoficiosa la consideración de los restantes planteos formulados por los recurrentes. Ello así, toda vez que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323:4098), pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2° de la ley 27). En el tradicional precedente “Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta” (Fallos: 156:318), esta Corte ha definido a esas causas como los asuntos en que se pretende, de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante (Fallos: 326:3007).

Cabe advertir que de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de “causas” (arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional).

6°) Que la condición de ciudadano para promover eficazmente el control de constitucionalidad que la Ley Suprema pone en manos del Poder Judicial de la Nación ha sido rechazada por una continua serie de pronunciamientos del Tribunal que se remonta, cuanto me-

nos, a la sentencia dictada el 28 de agosto de 1984 en el caso “Aníbal Roque Baeza” (Fallos: 306:1125), doctrina reiterada inmediatamente en “Constantino Lorenzo” (Fallos: 307:2384), se mantiene inalterada hasta el presente.

En efecto, en la causa “Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción)” (Fallos: 331:1364), el Tribunal rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad recordando que el demandante no podía “...[expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (arg. Fallos: 321:1352)]... [De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el ‘generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno...’, ‘deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares’ (‘Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War’, 418 U.S. 208, espec. págs. 222, 226/227, 1974, Fallos: 321:1252)]... [Que, en relación a ello, cabe poner de manifiesto que el ‘ciudadano’ es un concepto de notable generalidad, y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia un interés ‘especial’, o ‘directo’, ‘inmediato’, ‘concreto’ o ‘sustancial’ que permita tener por configurado un ‘caso contencioso’]”.

La existencia de un interés particular del demandante en el derecho que alega, exigido por la invariable interpretación que la jurisprudencia de este Tribunal ha recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos, no aparece como un requisito tendiente a eludir cuestiones de repercusión pública sino a fin de preservar rigurosamente el principio de la división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no le ha sido encomendada por el art. 116 de la Constitución Nacional. Este Departamento del Gobierno Federal, como se ha enfatizado en el precedente “Brandi, Eduardo Alberto c/ Mendoza, Provincia de” (Fallos: 328:3573) debe ser preservado de la sobrejudicialización de los procesos de gobierno.

7º) Que la legitimación de Enrique Thomas fundada en su carácter de miembro integrante de la Cámara de Diputados de la Nación dista mucho, también, de ser un tema novedoso en la doctrina de los prece-

dentes de esta Corte. El trazado de la línea que separa lo permitido de lo proscrito a los legisladores cuando, en esa condición, demandan ante el Poder Judicial es claro y no deja margen para la duda, ni mucho menos para el error.

La regla fue establecida con toda nitidez en el precedente “José Roberto Dromi” (Fallos: 313:863), y se arraiga como doctrina constitucional de esta Corte con su reiteración en los casos “Polino, Héctor” (Fallos: 317:335); “Gómez Diez, Ricardo y otros” (Fallos: 322:528); “Garré, Nilda y otros” (Fallos: 323:1432) y “Raimbault, Manuel y otros” (Fallos: 324:2381), señalando que “[no confiere legitimación al señor Fontela su invocada ‘representación del pueblo’ con base en la calidad de diputado nacional que inviste. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en ‘resguardo de la división de poderes’ ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso, toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio]”.

8º) Que si bien es cierto que en la sentencia dictada en el caso “Gómez Diez” citado precedentemente el desconocimiento de la legitimación de los legisladores demandantes se fundó, también, en que no se tuvo por comprobada la afirmación efectuada por ellos de haber sufrido un daño claro, directo e inmediato a sus prerrogativas legislativas, ni que se hubiera ocasionado un perjuicio hacia sí mismos como individuos, no observa el Tribunal en el estrecho ámbito de conocimiento que promueve toda medida cautelar que en el *sub lite* se observen razones para concluir de un modo diverso.

Ello es así, pues descartada la presencia de toda cuestión contenciosa que exija definir los alcances de los derechos, inmunidades y prerrogativas que le asisten a Thomas en su condición de legislador, de la prueba producida hasta el momento no se alcanza la necesaria convicción que demuestre el modo en que el demandante fue inequívocamente privado de ejercer las atribuciones que le asisten como legislador, tanto durante el tratamiento llevado a cabo en las comisiones que tomaron intervención, como en oportunidad de la consideración

de los diversos dictámenes que realizó la Cámara de Diputados, de la votación en general del proyecto del dictamen de mayoría y de su ulterior tratamiento y votación en particular.

9º) Que, por último, cabe descartar todo reconocimiento de legitimación proveniente de la examinada condición de diputado con sustento en el art. 43 de la Constitución Nacional.

Si bien es cierto que esa disposición contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquel se controvierte produciéndose una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial (Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal*, Traducción de la 2ª Edición Italiana, Volumen I, pág. 261 y sgtes.; Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, Traducción de la 5ª Edición Italiana, Tomo I, págs. 174 y sgtes.; Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, segunda edición, Tomo I, 1956 págs. 388 y sgtes.), “fuera de los casos expresamente previstos, nadie puede hacer valer en el proceso en nombre propio, un derecho ajeno” (conf. Francesco Carnelutti, *ob. cit.* en el considerando precedente, pág. 175). Y en este trance, esta Corte ha concluido que el citado art. 43 reconoce como legitimados sólo al defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a los fines indicados por la norma (causa S.942.XLV “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ amparo”, sentencia del 2 de febrero de 2010).

Por otro lado, sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa “Ernesto Halabi”, (Fallos: 332:111), puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume “...[ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición]”.

La sentencia dictada por esta Corte en el mencionado caso “Halabi”, como no podría ser de otro modo, no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados en los considerandos

precedentes, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República.

10) Que, sólo a mayor abundamiento, cabe destacar que la actividad judicial no importa la aplicación de reglas aisladas en forma mecánica, sino que requiere también el cumplimiento de los valores plasmados por diversos principios del sistema jurídico que, muchas veces, se encuentran en tensión. Esto implica que el dictado de una sentencia supone una tarea de ponderación por parte de los jueces y el resultado de esta actividad debe –como todo acto estatal– ser razonable y proporcionado.

Al respecto, esta Corte tiene dicho que la tarea judicial “exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia” y que “no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma” (Fallos: 234:482; 302:1284, entre otros). En otras palabras, las decisiones judiciales deben valorar en forma equilibrada los hechos del caso, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las tensiones entre ellos mediante una ponderación adecuada que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico.

En tales condiciones, si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica principalmente frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la Administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales (ver Fallos: 329:3680, voto del suscripto), como aspecto esencial del principio de razonabilidad, la proporcionalidad resulta un requisito de toda la actividad del Estado(1), incluida la judicial.

(1) Ver Rodríguez de Santiago, José María, “La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo”, Marcial Pons, Madrid (2000), páginas 105/116; Vidal Fueyo, Camino, “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, páginas 427/447; Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1991, 7a. ed., pp. 141 y ss., esp. p. 145

En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado frecuentemente la proporcionalidad como estándar para evaluar la legitimidad de las sentencias judiciales denominadas “injunctions”, lo ha fundado en la cláusula constitucional del debido proceso (2), y ha considerado, sobre esa base, que la medida judicial ordenada, debía ser proporcionada a la naturaleza y magnitud de la violación constitucional de derechos que se invocaba (3).

11) Que, en consecuencia, y a la luz de los principios señalados, la medida precautoria dispuesta por el *a quo* no aparece como un remedio proporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia. Ello es así, no sólo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y la amplitud de la medida dispuesta, sino también porque, en la tarea de ponderación, el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la ley 26.522 con efectos *erga omnes*, tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos, que –obviamente– el *a quo* no ha aplicado.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que en cuanto al relato de los hechos y agravios del recurrente, corresponde remitir a los capítulos I y II del dictamen del señor Pro-

(n.m. 336); y Gunn, Jeremy T, “Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis”, 19 Emory Int’L. Rev. 465 (2005), páginas 466/467.

(2) Ver “State Farm v. Campbell”, 538 U.S. 408 (2003) y sus citas.

(3) Ver “Missouri v. Jenkins”, 515 U.S. 70 (1995). esp. páginas 87/90, y voto del Juez Thomas J., esp. páginas 123/137. Ver también “Swann v. Charlotte–Mecklenburg Board of Education”, 402 U.S. 1 (1971), esp. páginas 16, 22, 23 y 31; “Milliken v. Bradley”, 418 U.S. 717 (1974) and “Freeman v. Pitts”, 503 U.S. 467 (1992).

curador General de la Nación, en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

2º) La sentencia apelada, pese a tratarse de la concesión de una medida cautelar, es asimilable a definitiva a efectos de habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48. En efecto, al estar en tela de juicio la legitimación del actor, esta Corte no tiene otra oportunidad de revisar el modo en que ha sido aplicado al caso el art. 43 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, en autos se discute la inteligencia de normas federales y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la pretensión que el apelante sustenta en ella (art. 14, inc. 3, de la ley 48), de manera tal que el recurso extraordinario interpuesto deviene formalmente admisible.

3º) Como puede apreciarse, la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal y lo que constituye motivo de decisión se circunscribe a pronunciarse acerca de la legitimación del actor para promover la acción de amparo, a fin de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de la ley 26.522 sobre regulación de los “Servicios de Comunicación Audiovisual” y de todas las normas reglamentarias que se dictaron, a la luz de lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional.

4º) En primer lugar, para definir la situación del Diputado Nacional Enrique Luis Thomas, en torno al alcance de su legitimación, ya tuve oportunidad de señalar en Fallos: 329:4593 (mi disidencia, especialmente en el considerando 4º), que la determinación de si la parte actora se encuentra o no legitimada para actuar en el juicio por ella promovido no puede llevarse a cabo de manera aislada, separada del interés que en el caso concreto se pretende proteger con la interposición de la demanda. Ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según sea su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el cual requiere protección judicial.

Debe recordarse además, que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el tribunal (Fallos: 323:4098, entre muchos otros). En tal sentido, la reforma

constitucional de 1994 no suprimió el requisito de caso o causa como presupuesto insoslayable de la jurisdicción de los tribunales federales, establecido en el art. 116 de la Constitución Nacional.

Tampoco debe olvidarse que este Tribunal desde sus comienzos ha señalado que las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de “causa”, antes señalado, sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes (Fallos: 328:3586, entre otros).

5º) La demanda de amparo fue promovida con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial que restablezca los derechos de los que el actor es titular en su condición de legislador y que habrían sido lesionados durante el trámite parlamentario del proyecto de ley que luego fue sancionado bajo el N° 26.522. Para ello invoca su doble condición de ciudadano interesado y de Diputado Nacional. A tal efecto, insiste en que su legitimación activa se apoya en la lesión a sus intereses particulares en participar de la deliberación de la menciona ley 26.522.

Sobre lo primero, es decir la condición de ciudadano para promover eficazmente el control de constitucionalidad que la Ley Suprema pone en manos del Poder Judicial de la Nación, ha sido rechazada en reiteradas oportunidades por este Tribunal (doctrina de Fallos: 306:1125; 307:2384, entre otros). En efecto, cabe poner de manifiesto que el de “ciudadano” es un concepto de notable generalidad, y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial” o “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” que permita tener por configurado un “caso contencioso” (Fallos: 322:528; 324:2048).

Por otra parte, el intento por fundar la legitimación en los perjuicios personales alegados, tampoco habrá de prosperar puesto que el remedio solicitado –la nulidad e inconstitucionalidad de la ley–, no tiene una incidencia particularizada, es decir, ceñida a la reparación del agravio así definido, sino que sus efectos alcanzarían también a todos los integrantes del Congreso, incluso aquellos que podrían tener un interés contrario al del Diputado Thomas.

Por lo tanto, si bien es cierto que al promover el amparo el actor alegó un perjuicio personal y particularizado, el remedio que ha so-

licitado no guarda proporción con ese daño alegado sino que tendría incidencia sobre los derechos de toda una categoría de sujetos que no se encuentran representados en esta causa, particularmente la mayoría de legisladores que no han participado de este proceso judicial y que, muy plausiblemente, tengan un interés personal simétrico al de Thomas, pero contrario a la anulación de la ley.

6º) En síntesis, entiendo que debe rechazarse la legitimación activa del Diputado Nacional Thomas en tanto en su demanda pretende obtener la derogación de una ley, medida que, en principio, no se encuentra comprendida entre los remedios que los tribunales nacionales pueden otorgar como reparación por la violación de derechos individuales (doctrina de Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 95:51 y 290; entre muchos otros).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional**, representado por el Dr. **José Miguel Abdala**, con el patrocinio del Dr. **Joaquín Pedro da Rocha**.
Traslado contestado por **Enrique Luis Thomas**, representado por el Dr. **Luis Alberto Leiva**, con el patrocinio del Dr. **Rubén Fragapane**.
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala A**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal N° 2 de Mendoza**.

J. L. G.

MENORES.

Cabe dejar sin efecto la decisión de Casación que declaró mal concedido el recurso interpuesto por la defensa del menor imputado contra la sentencia que lo declaró coautor penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo agravado, por la inequidad que se advierte dado que a su hermano mayor –coimputado– le fue admitida la revisión de su situación frente a la ley y los hechos, mientras que al

menor, por esa especial condición, se lo obligó a continuar sometido a las restricciones del proceso penal hasta que el juez de menores defina su situación frente a la pena, decisión, que, aunque adversa, para el adulto fue inmediata, de modo que la dilación sin fundamento de la definición del pleito, más allá de que sea un mandato legal, y cualquiera sea su resultado, inflige un agravio al imputado. siendo la revisión amplia de una sentencia de responsabilidad penal más eficaz cuanto mejor asegure la inmediatez del juicio casatorio.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

RESPONSABILIDAD PENAL.

Si bien la sentencia que declara penalmente responsable al menor —como coautor del delito de secuestro extorsivo agravado—, no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, dicha resolución merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues, en tanto impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y hasta la libertad, el pronunciamiento ocasiona un perjuicio insusceptible de reparación ulterior.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

MENORES.

La interpretación literal de la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 40.2— y la correlativa disposición interna (ley 26.061) —que establece entre las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos, el derecho de todo niño a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte—, exigen la posibilidad de control de la sentencia que declara la responsabilidad del menor en un delito, y la interpretación de las reglas que gobiernan el recurso de casación penal no puede erigirse en impedimento para dar eficacia a dichas cláusulas, procurando conciliar dichas disposiciones.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa del menor J. L. G. contra la sentencia que lo declaró coautor penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo agravado por haberse cobrado el rescate y por el número de intervinientes —artículos 45 y

170, primer párrafo *in fine*, e inciso 6º, del Código Penal– (fs. 39/41, fs. 2, 3/19vta.).

Contra esa decisión se interpuso el recurso federal extraordinario (fs. 43/58), cuya denegación dio lugar a la presente queja (fs. 60/61, 63/67).

– II –

En la sentencia se tuvo por acreditado que el imputado J. L. G, junto a su hermano H. M. G. y una tercera persona no identificada, abordaron a Rodrigo Damián Neira Guarino cuando éste salía de su casa en Lomas de Zamora y, arma en mano, lo subieron a su automóvil para hacerlo conducir por diferentes lugares. También se estableció que en el trayecto lo despojaron de su alianza, una cadenita, una pulsera, dinero en efectivo y el estéreo del rodado, tras lo cual se detuvieron para continuar la marcha a pie, y en esas circunstancias llamaron por teléfono al padre de la víctima exigiendo el pago de cuatrocientos cincuenta pesos (\$ 450), un DVD y una videocasetera para su liberación. Esta se concretó una vez que el padre y un amigo pagaron el rescate.

– III –

La cámara de casación declaró inadmisibile el recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a ella. Alegó, en ese sentido, que, en tanto no se decida sobre la necesidad de la pena, el pronunciamiento era irrecurrible, pues hasta tanto ello ocurra resulta asimilable a la doctrina de V.E. sobre sentencias incompletas, y cabe la posibilidad de que el agravio quede disipado si al finalizar el tratamiento tutelar no se le impone una pena.

Al interponer el recurso extraordinario la defensa alegó que se trataba de una sentencia equiparable a definitiva por sus efectos y que el agravio no era susceptible de reparación ulterior, toda vez que el juicio posterior será sobre la necesidad de pena pero no se podrá revisar cómo los jueces llegaron al convencimiento de la autoría.

Sostuvo que, al resolverse del modo indicado, se vulneró la garantía de la doble instancia judicial, lesión a un derecho constitucional que tiene lugar con la propia decisión de los jueces y que generó ese per-

juicio irreparable. Adujo también lesión al principio de inocencia, pues sostiene que para afirmar fehacientemente que el menor cometió el hecho imputado se requiere la conformidad de dos instancias, extremo que al frustrarse en estas actuaciones afectó el principio de culpabilidad. Señaló, en ese sentido, que la declaración de responsabilidad es la decisión que permitiría la imposición de una pena, respuesta punitiva que, en el caso de los menores, no obedece tanto a la culpabilidad por el hecho sino a la evolución del niño.

Para rechazar la apelación federal extraordinaria, la cámara juzgó que no se había demostrado la existencia de cuestión federal, porque la alegación sobre la violación de la doble instancia se basaba en una mera discrepancia de criterios y no mediaba un agravio definitivo, ya que en caso de recaer condena –agravio eventual– el fallo podría ser sometido a la inspección que requiere aquella garantía.

En su queja la defensa insistió en que la sentencia era equiparable a una de carácter definitivo por sus efectos y que éste era el momento de discutir la participación del menor en los hechos. Refirió también que la negación del derecho al recurso demandaba la intervención de la Corte, y que los jueces de casación entendieron que “es irrelevante que una persona sea considerada o no culpable de un hecho, en tanto esa declaración de culpabilidad no genere consecuencias jurídico penales”, con olvido de que el principio de inocencia también alcanza a los niños.

– IV –

Ante todo, debo señalar que si bien la revisión de pronunciamientos que resuelven la procedencia del recurso de casación resulta, por regla, ajena a esta vía extraordinaria, V.E. ha hecho excepción a ese principio, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, cuando se frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente (Fallos: 321:1385, 3695 y 322:1526, entre muchos otros).

Tal es la situación que, a mi juicio, se presenta en el caso, y ello lo considero así por un doble orden de razones.

En primer término, porque si bien es cierto que la sentencia que declara penalmente responsable al menor no constituye sentencia de-

finitiva, en los términos del artículo 14 de la ley 48, también lo es que dicha resolución merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues, en tanto impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y, a veces, hasta de la libertad, el pronunciamiento ocasiona un perjuicio de insusceptible reparación ulterior (Fallos: 300:1273; 320:448; 323:52; 326:2514).

En este sentido, resulta pertinente señalar que el régimen previsto en la ley 22.278 contiene un régimen penal de la minoridad que consagra un “derecho penal de autor”, en tanto prevé consecuencias jurídicas similares tanto para menores que requieren tutela por encontrarse en “situación irregular”, como para quienes han realizado comportamientos ilícitos.

En cuanto aquí interesa, que es lo relativo al joven imputado de un delito, la ley desdobra el momento decisivo, pues el tribunal, en caso de hallarlo responsable, primero debe declarar su responsabilidad y someterlo a una medida de seguridad, y sólo después, en un segundo momento, puede imponerle una pena, siempre que haya cumplido los dieciocho años de edad y haya sido sometido a una medida de seguridad no inferior a un año, que puede prorrogarse hasta la mayoría de edad.

En consecuencia, la primera decisión supone la imposición de una medida de seguridad que, aunque pueda reconocer orientación educativa o tutelar, se traduce en una restricción de derechos que se impone en forma coactiva y encuentra su razón en el conflicto con la ley penal ya declarado (cf. Righi, Derecho Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 317).

De ello se sigue que la decisión de la cámara *a quo*, en cuanto consideró que el agravio puede disiparse si, llegado el caso, no se impone una pena, desatiende la realidad de que la decisión impugnada conlleva *per se* una consecuencia jurídica que –aunque con distinto *nomen iuris*– genera al destinatario consecuencias similares a la imposición de una pena que, como tal, no resulta susceptible de reparación ulterior.

En tales condiciones, en mi opinión, no hay razón de principio que imponga el aplazamiento propuesto por el *a quo* y menos aún, tal como refiere el recurrente, a partir de las pautas emergentes de Fallos: 328:3399, en cuanto a la inserción del recurso de casación en el paradigma constitucional vigente y a la amplitud de la materia revisable.

– V –

En segundo término, dado que el apelante alegó también la conculcación del derecho al recurso con fundamento en lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, deviene necesario examinar su planteamiento a la luz de este específico instrumento internacional en la materia, que contempla, entre otras cosas, las particulares circunstancias de los menores en un proceso penal.

La cuestión traída no se limita, entonces, únicamente a comprobar si la exégesis que realizó el *a quo*, para concluir en la improcedencia del recurso, satisface los estándares de motivación en materia de sentencias equiparables a definitivas, sino también a elucidar si esa exégesis se adecua a la norma internacional mencionada, o si ésta reclama otra que contribuya mejor a la operatividad de las garantías allí reconocidas.

Me permito proponerlo de esta manera teniendo en cuenta que en las recientes oportunidades que el Tribunal ha tenido para expedirse sobre cuestiones de la justicia penal de menores, ha subrayado el objetivo primordial de la Convención de “proporcionar al niño una protección especial”, lo que importa reconocerlo como sujeto pleno de derechos y que los Estados deban dar “efectividad” a los concretos derechos, libertades y garantías que configuran esa “protección especial”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (artículo 4).

Puede apreciarse entonces, y cito a V.E., que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que a cada uno, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre las “medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (artículo 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial el interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención –Fallos: 318:514– (cons. 10° de la sentencia del 2 de diciembre de 2008 dictada en los autos G. 147, L. XLIV, “García Méndez, Emilio y otra s/causa N° 7537”).

En este orden de ideas, tenemos que la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, específicamente, que los Estados Partes garantizarán: “si se considerare que [el niño] ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley” (artículo 40. 2. v] de la Convención). Norma que, por otro lado, internaliza y reglamenta la ley 26.061, estableciendo, entre las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos, el derecho de todo niño, niña o adolescente “a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (artículo 27, inciso e).

Parece claro que la interpretación literal del mandato convencional y la correlativa disposición interna (ley 26.061) exigen la posibilidad de control de la sentencia que declara la responsabilidad del menor en un delito, tal como viene reclamando la recurrente.

Y de allí que, a mi manera de ver, la interpretación de las reglas que gobiernan el recurso de casación penal no puede erigirse en impedimento para dar eficacia a la cláusula convencional y legal. Por el contrario, ha de procurarse aquella que, en este caso, concilie esas disposiciones y las deje a todas con valor y efecto.

En ese sentido, no me parece ocioso recordar que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión 17-2002 del 28 de agosto de 2002, párrafo 54).

De esta premisa elemental, aunque no redundante, tal como tiene dicho V.E., no puede derivarse, bajo el ropaje de una especial tutela, que el menor sea sometido a un régimen procesal que, en igualdad de circunstancias, a su respecto resulta más riguroso que para el adulto.

Tal inequidad se patentiza en este caso al advertirse que al hermano y coimputado mayor –H. M. G.– sí le fue admitida la revisión de su situación frente a la ley y los hechos, mientras que al menor, por esa especial condición, se lo obliga a continuar sometido a las restricciones del proceso penal hasta que el juez de menores defina su situación frente a la pena, decisión que, aunque adversa, para el adulto fue inmediata. Y toda dilación sin fundamento de la definición del pleito, más allá de que sea un mandato legal, y cualquiera sea su resultado, inflige un agravio al imputado. Además, no puede obviarse

que la revisión amplia de una sentencia de responsabilidad penal (en los términos del precedente “Casal”) parece ser más eficaz cuanto mejor asegure la inmediatez del juicio casatorio.

Al margen de la celeridad y la inmediatez ya aludidas, tampoco pueden pasarse por alto las razones de economía procesal, que indican que éste es el momento más adecuado para el estudio de la cuestión planteada, tal como viene alegando la recurrente, pues evita el dispendio de recursos del Estado si fuera a prosperar el reclamo.

De todo lo expuesto surge, en mi opinión nítida, la evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental del menor, frente a la cual los jueces tienen la obligación de modificar el criterio restrictivo adoptado, sin olvidar que el reconocimiento de los derechos especiales de los niños por su condición, constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país (cf. Fallos: 328:4343, consid. 33).

Cabe, por último, señalar, tal como sin duda V.E. lo apreciará, que el presente importa apartarse del criterio recogido en la sentencia el 31 de octubre de 2006, dictada en los autos S. 2057, L. XXXIX, “Soria, Jorge Armando s/homicidio agravado –causa N° 2039/2381–”.

– VI –

En consecuencia, y sin que esto implique emitir juicio sobre lo que deba resolverse en cuanto al fondo del asunto, opino que corresponde, abriendo la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada, devolviendo los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al criterio aquí expuesto. Buenos Aires, 7 de septiembre de 2009. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de J. L. G. en la causa G., J. L. s/ causa N° 2182/06”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí dispuesto. Notifíquese, acumúlese y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **J. L. G.**, representado por la **Dra. Eleonora Devoto**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de La Plata, Provincia de Buenos Aires**.

PREVIFORT S.A. c/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

CONTRATO DE SINDICACION.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó al Banco de la Provincia de Buenos Aires a pagar la reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato de sindicación de acciones de mando y bloqueo concertado entre todos los accionistas si para atribuir responsabilidad al demandado por el incumplimiento de mala fe del contrato, con afectación del derecho de defensa en juicio, la sala omitió examinar prueba incorporada a la causa, valoró arbitrariamente la rendida e incurrió en contradicción.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

La Sala C, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de fs. 1530/1541 y condenó al Banco de la Provincia de Buenos Aires a pagar a Previfort S.A. el total de \$ 524.351,30 con más intereses —importe comprensivo de \$ 117.946,30 por la participación accionaria en La Fortuna S.A. de Seguros de Retiro menos la cuota recuperada en su liquidación voluntaria y de \$406.405 por la pérdida de chance— como reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato de sindicación de acciones de mando y bloqueo concertado entre todos los accionistas (fs. 1631/1643).

— II —

Cabe reseñar, que la actora titular del 25% de las acciones de La Fortuna demandó al Banco propietario del 43,75%, reclamándole el pago de \$ 12.144.899 en concepto de pérdida del capital aportado, lucro cesante o, en su caso pérdida de chance, por los perjuicios derivados del referido incumplimiento que, a la postre, determinó la disolución y liquidación de la aseguradora (v. fs. 10/43 y 45/57).

Al efecto, señaló que la disolución de la sociedad se produjo como consecuencia del desentendimiento del Banco en el proyecto, situación

que se manifestó por el no reemplazo de los miembros renunciantes del Comité de Sindicación lo cual importó la paralización de la sociedad y del reconocimiento que integraba otra compañía de seguros de retiro denominada Génesis (hoy Orígenes).

El banco, de su parte, negó ser el gran captador de los negocios, que el proyecto girase en su derredor y que su fracaso le fuera imputable debido al retraimiento intempestivo o incumplimiento de compromiso alguno con Previfort. Asimismo, que la renuncia de sus representantes hubiera producido la paralización de la sociedad y que con su comportamiento obligase a su disolución y liquidación. Dijo que la decisión de no prolongar el proyecto, por el contrario, fue adoptada por los restantes socios obrando con cuidado y previsión ante la imposibilidad de lograr el objetivo empresario –no verificación de las pautas inicialmente previstas– y tras sucesivos quebrantos que demandaron continuos aportes de capital. Agregó que, el emprendimiento de un plan alternativo para el caso que fracasara el de La Fortuna tampoco violó ley alguna ni convenio de las partes (fs. 76/84).

El juez de primera instancia rechazó la demanda por falta de demostración del ilícito, resaltando que la actora, salvo algún planteo interno y cierta acción judicial que dejó trunca, tampoco había utilizado los resortes societarios para superar la omisión de designación de representantes, consintiendo por otra parte, lo actuado por los órganos societarios al no impugnar la disolución (cfr. art. 251 de la Ley N° 19.550). Puntualizó que no obstaba a ello el incumplimiento imputado al Banco como agente institorio (art. 54 de la ley N° 17.418) pues, de haberse producido un daño, la legitimada para reclamar era la sociedad, no la accionante a título particular. Con prescindencia de lo expuesto, señaló que no correspondía la devolución de los aportes en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 incisos 2° y 3° de la Ley de Sociedades y porque la naturaleza plurilateral del contrato societario que crea una persona distinta de los socios –acreedora de los aportes– impide que uno pretenda de otro su restitución (fs. 1530/1541).

El tribunal de Alzada revocó la sentencia haciendo lugar a la demanda promovida (fs. 1631/1643) ponderando que el juez de mérito había examinado la cuestión desde una óptica societaria cuando el resarcimiento pretendido tenía su causa en el incumplimiento de un contrato de sindicación atribuido al Banco, quien había decidido dejar de formar parte del sindicato y la aseguradora. Al efecto, dijo que las impugnaciones por la facilitación o ejecución de actos lesivos a la

sociedad o a los accionistas debían dirigirse contra los otorgantes de tales pactos pues sólo a ellos conciernen, siempre que las decisiones adoptadas no adquieran relevancia en el plano societario en tanto no se persiga un objeto ilícito, se agravie la causa societaria o el interés social o se constituya en un mero instrumento para el abuso del derecho o el fraude.

Sin desconocer el derecho del Banco a desvincularse del sindicato –y correlativamente de la sociedad– y la regularidad de los actos societarios mediante los cuales fue resuelta la disolución y liquidación sin intervención de aquél, tuvo por acreditado un daño al normal funcionamiento del pacto y de la sociedad. Situación que entendió configurada por la no realización de reuniones del Comité de Sindicación entre febrero de 1992 y mayo de 1993 y la violación de la exclusividad pactada –acreditada con prueba instrumental y pericial– por integrar el Banco otra sociedad con iguales fines que La Fortuna, compitiendo con ella. Conducta que calificó como de mala fe (art. 1071 del Código Civil) en atención a la fundamental participación que, como agente institorio de la aseguradora, le cabía de acuerdo con el contrato firmado por el que se obligó a no proporcionar esos mismos servicios ni vincularse con propósito similar a cualquier otra compañía de seguros de retiro (v. fs. 809/811). Sin perjuicio de ello, desestimó los agravios por la omisión de designar representantes, pues en el pacto de sindicación se había regulado el modo de suplir las vacancias frente a una eventual inacción del demandado, mecanismo sobre el que la actora nada había dicho (art. 1111 del Código Civil).

Con base en la afectación del funcionamiento citado, tras rechazar el parámetro propuesto por la actora a fin de determinar el resarcimiento y enunciar los criterios que entendía aplicables, lo calificó como pérdida de chance porque el núcleo del daño estaba dado tan sólo por la perspectiva futura de obtener una utilidad en el proyecto tempranamente extinguido. Fijó la reparación en función del capital integrado por la actora menos el dividendo de liquidación y la pérdida de chance –que dijo estimar prudencialmente en los términos del art. 165 del Código Procesal– con más intereses.

– III –

Contra ese pronunciamiento, Previfort S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 1646/1676, que fue contestado a fs. 1704/1708 y

el Banco de la Provincia de Buenos Aires el de fs. 1686/1698, que al ser desestimados a fs. 1710, dieron origen a esta presentación directa de fs. 137/160 del cuaderno de queja y a la deducida en los autos: S.C. P. N° 1433 L. XLII a fs. 66/73 del respectivo, de las que V.E. me ha corrido vista a fs. 164 de aquél.

Cabe aclarar que, en atención al tenor de las quejas vertidas, por razones de lógica, he de abordar en primer término el examen de los agravios formulados por el Banco y en segundo lugar los expuestos por la parte actora.

– IV –

El Banco sostiene que el pronunciamiento es arbitrario porque se funda en la exclusiva voluntad del juzgador y prescinde de prueba conducente para la solución del litigio o valora arbitrariamente la examinada, no constituyendo derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Dice que no se demostró ningún incumplimiento ni conducta abusiva que pudiera dar lugar a responsabilidad y en particular, que se realizara actividad en competencia o simultaneidad de operaciones porque cuando adquirió las acciones de Génesis, La Fortuna se encontraba en proceso de desactivación por el escaso volumen de operaciones y superación amplia de los costos sobre los ingresos, habiendo Génesis comenzado su giro recién en 1997/8 y sido inscripta en la IGJ con posterioridad a la decisión de disolver la aseguradora (v. reunión del Consejo de Sindicación del 24 de agosto de 1993, pericia contable y testimonial).

Sin perjuicio de ello, señala que la pérdida de chance no debe identificarse con la utilidad no percibida, sino con la chance misma según el grado de probabilidad de ocurrencia, no como expectativa general o vaga. Cuestiona por ende, la determinación de la indemnización por infundada e irrazonable argumentando que La Fortuna nunca generó utilidades sino quebrantos y que se acuerda la restitución del capital aportado sin ninguna razón lógica.

Se agravia por la imposición de costas a su parte en los términos del artículo 68 del Código Procesal en razón de que la demanda sólo prosperó en un 4,31% de lo pretendido, con lo cual la distribución debió realizarse conforme al artículo 71 que regla el supuesto de vencimientos parciales y mutuos.

– V –

Por su parte, la actora también lo tacha de arbitrario argumentando que, con prescindencia de la prueba rendida y del derecho aplicable, el *a quo* limitó arbitraria e irrazonablemente la indemnización acordada, vulnerando las garantías de la propiedad, del debido proceso y de la defensa en juicio (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional). Afirma que, no obstante admitir la pretensión en su totalidad, el *a quo* determinó la reparación sin consideración a la pericia contable –no impugnada por el demandado–, a la valoración técnica del capital y al principal aporte realizado por ella, cual es, la autorización para operar como aseguradora. Señala que ha cometido un error aritmético al determinar el reintegro pues, deducido el recupero por \$ 150.000 de su participación por \$ 406.405, el resultado es \$ 256.405, no \$ 117.946 como se consignó. Cuestiona el rechazo del parámetro de cuantificación que ella propuso en el entendimiento que la evolución patrimonial de Génesis–Orígenes habría sido imposible a la época de La Fortuna pues ésta era la única habilitada para operar y que el *a quo* ha fijado una suma antojadiza en violación al artículo 165 del Código Procesal que exige ajustarse a los perjuicios fijados en el juicio.

– VI –

Cabe señalar de inicio, que no obstante el Tribunal tiene dicho en forma reiterada que las cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas de derecho común y procesal constituyen temas propios de los jueces de la causa, y ajenos en principio a la instancia excepcional del artículo 14 de la ley 48, ha hecho excepción a tal regla, cuando la decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que le dan un fundamento sólo aparente (Fallos: 326:3043, 4165; 327:5528; 329:5424; Res. 6/3/07 en re F. 636. XXXIX. Farini Duggan, Héctor Jorge c/Swiss Medical Group S.A., etc.), prescinde de prueba decisiva para la solución del litigio (Fallos: 319:3395, 327:5356; Res. 8/5/07 en re E. 319. XL. Esinel S.R.L. c/Teyma Abengoa S.A., entre muchos) o incurre en contradicción (Fallos: 317:167, 177; 322:963, etc.).

Supuesto que, en mi opinión se configura en el *sub lite* desde que, para atribuir responsabilidad al Banco por el incumplimiento de mala fe del contrato de sindicación, con afectación del derecho de defensa en juicio, la Sala omitió examinar prueba incorporada a la causa, valoró arbitrariamente la rendida e incurrió en autocontradicción.

En efecto, conforme surge de la demanda, básicamente la actora fundó el incumplimiento de ese pacto en dos cuestiones fácticas negadas expresamente, el desentendimiento del Banco en el proyecto traducido por la falta de designación de representantes en el Consejo de Sindicación que importó la paralización de la sociedad, por una parte, y por la otra, la actividad en competencia con la sociedad al integrar otra compañía de seguros de retiro. Al contestar los agravios el Banco insistió en que con la prueba rendida no se había acreditado la responsabilidad endilgada.

Ahora bien, en el fallo recurrido el *a quo* tras reconocer que el Banco tenía derecho a desvincularse del Sindicato, que los actos societarios se cumplieron con regularidad y que la actora no había instado el mecanismo reglado en el citado pacto para suplir vacancias en caso de inacción por parte de aquél (v. fs. 254), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1111 del Código Civil que establece que el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella no impone responsabilidad, procede a desestimar los agravios vertidos en relación con la omisión de designar representantes y consecuente paralización del Consejo de Sindicación y la sociedad. Sin embargo, contradictoriamente, atribuye responsabilidad a la entidad por la afectación del normal funcionamiento de ese órgano y la sociedad dada la inexistencia de reuniones dentro de cierto lapso de tiempo. Por lo tanto, en la conclusión a que arriba subyace cierto grado de contradicción en la plataforma fáctica examinada que permite descalificar la sentencia.

Esa inactividad de la actora, habiendo producido efectos jurídicos, no puede suplir en sede judicial pues importa adoptar una postura contraria a la exteriorizada al celebrar el pacto de sindicación donde expresamente acordó, entre otros cuestiones, que en caso de que un sindicato no designase su consejero titular, los votos y/o acciones que éste representara no se computarían para la determinación del *quorum* ni las mayorías de las resoluciones que debieran adoptarse por el Consejo durante el tiempo de la vacancia. Comportamiento que se inscribe en la teoría que postula que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos: 313:367, 316:1802, 329:5424, etc.).

Por otra parte, advierto que, el decisorio apelado concluye que el Banco se constituyó en agente institorio exclusivo según el contrato

firmado por las partes (fs. 809/811), obligándose a no competir con La Fortuna, sin examinar los agravios relativos a la falta de acreditación de violación del pacto de sindicación u otro convenio conforme a otras pruebas rendidas en la causa y no obstante la aseveración del juez de grado en este sentido, que no es rebatida excepto en lo que al enfoque jurídico empleado se refiere. De tal modo, o bien ninguna mención o estudio practica de ciertas constancias de la causa o bien les otorga un alcance que *–prima facie–* no se compadece con el que resulta de ellas.

En efecto, el contrato en el que se habría pactado la exclusividad como agente institorio *–no obstante la aprobación del modelo a suscribir–* contrariamente a lo sostenido no fue firmado, circunstancia que no sólo fue denunciada por la misma actora al demandar explicando *–con cita de un dictamen legal–* que la distribución o colocación de los seguros de retiro a través de los canales de comercialización de los socios no había quedado expresamente pactada ni establecida en el convenio de sindicación o en otro instrumento formal (v. fs. 32), sino que también resultaría de otra prueba testimonial e instrumental rendida (v. fs. 203/207, 253/260, 287, 311, 328, 335, 343/344, 348, 393, 535, 540, 542/543, 587/588, 663, 780 y 808).

Cuestión ésta que se encarece, a poco que se pondere lo relatado por la accionante en punto a que los restantes sindicatos habrían informado encontrarse analizando proyectos alternativos dado que los emprendimientos de la Fortuna no habían sido de la magnitud posible y que se estudiaba la posibilidad de concertar similar acuerdo de comercialización con ellos al igual que con el Banco o la constitución de un sociedad por cuyo intermedio encausarla (v. fs. 33 y fs. cit. párrafo prec.). Se agrega a lo expuesto, que el mismo convenio de sindicación *–sobre cuya legalidad y conveniencia se pronunciaron los otorgantes declarando haber contado con el asesoramiento apropiado al efecto–* regula un procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas y las penalidades a aplicar conforme a determinados parámetros de verificarse ese supuesto, las que deberían distribuirse entre todos los sindicatos en proporción y a prorrata de sus tenencias, aspectos sobre los cuales la Sala tampoco ningún análisis ha practicado (v. fs. 253/260).

Eventualmente, tampoco advierto que se haya examinado la circunstancia que las decisiones de no iniciar nuevos emprendimientos

y de desactivar La Fortuna fueron adoptadas con antelación a la constitución de la aseguradora Génesis por Provincia Seguros S.A. y Holbah Merchant Company Limited inscripta el 11 de abril de 1994 conforme resulta de la prueba rendida (v. fs. 156, 395/397, 402/404, 930 vta. y 931 vta.).

Consecuentemente, con base en la doctrina de la arbitrariedad que procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 322:702; 326:364, etc.), en mi opinión, el fallo debe ser descalificado.

En virtud de ello, estimo que el examen de los restantes agravios formulados por ambas partes deviene inoficioso, sin que lo aseverado implique anticipar un criterio sobre la solución que, en definitiva proceda adoptar sobre el fondo del asunto, extremo que, por otra parte, es potestad exclusiva de las instancias competentes y ajena a la vía del artículo 14 de la ley 48.

Por lo expuesto, considero que V.E. debe hacer lugar a la queja deducida por el Banco, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la resolución apelada a fin de que se dicte otra con arreglo a derecho. Buenos Aires, 17 de marzo de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalves.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la actora y la demandada en la causa: Previfort S.A. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos expuestos por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen al que cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja deducida por la demandada, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Asimismo, se declara inoficioso el recurso interpuesto por la actora.

Agréguense ambas quejas al principal, las que se acumulan en este acto. Reintégrense los depósitos efectuados por ambas partes. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que revocó la sentencia de primera instancia y condenó al Banco de la Provincia de Buenos Aires a pagar a Previfort S.A. la suma de \$ 524.351,30 con más intereses, por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato de sindicación de acciones de mando y bloqueo concertado entre todos los accionistas de “La Fortuna S.A. de Seguros de Retiro”, tanto la parte actora como la demandada interpusieron sus respectivos recursos extraordinarios cuyas denegaciones motivaron sendas quejas.

2º) Que para así decidir, el *a quo* sostuvo que la magistrada de grado había resuelto la cuestión desde una óptica societaria, en lugar de considerarlo como un incumplimiento contractual del que derivaría el derecho indemnizatorio pretendido. En este sentido, agregó que los pactos de sindicación de acciones, como contratos parasociales, presentaban perfiles que solamente concernían a quienes son parte en

ellos y que, en tal contexto, las impugnaciones debían dirigirse contra las singulares actuaciones de los sindicatos, sin que las decisiones adoptadas en el marco del sindicato adquieran relevancia en el plano societario en tanto no persiguiera un objeto ilícito, se agravie la causa societaria o el interés social o se constituya en un mero instrumento para el abuso del derecho o el fraude.

En lo que respecta a la responsabilidad de la demandada por su decisión de dejar de formar parte del sindicato, reconoció el derecho del banco a desvincularse de aquél –y correlativamente de la sociedad– y la regularidad de los actos societarios mediante los cuales fue resuelta la disolución y liquidación. Sin embargo, tuvo por acreditado un daño al normal funcionamiento del pacto y de la sociedad, situación que entendió configurada por la no realización de reuniones del comité de sindicación entre febrero de 1992 y mayo de 1993 y la violación de la exclusividad pactada, al formar parte el banco de otra sociedad con los mismos fines, que competía con ella. En este sentido, sostuvo que la conducta de la demandada no podía ser considerada de buena fe, especialmente en atención a la fundamental importancia que la participación de la demandada tenía en el convenio de sindicación de acciones, ya que era ésta quien tenía el mercado, los medios y la capacitación para llevar a cabo el negocio, razón por la cual se había constituido en agente institorio exclusivo de la sociedad “La Fortuna” para la colocación de seguros de retiro.

Respecto de la vacancia de los consejeros representantes de la demandada y la omisión de su reemplazo, sostuvo que si bien por el carácter fundamental que tenía su participación esta vacancia habría ocasionado un perjuicio a la actora, el reclamo de ésta no parece atendible toda vez que las partes convinieron el modo de suplir tales vacancias ante la inacción del representado.

En consecuencia, consideró que existía pérdida de chance porque el núcleo del daño estaba dado por la perspectiva futura de obtener una utilidad en el proyecto tempranamente extinguido y fijó la reparación en función del capital integrado por la actora menos el dividendo de la liquidación y la pérdida de chance, con más intereses.

3º) Que la recurrente sostiene que el pronunciamiento es arbitrario, ya que ha prescindido de pruebas relevantes y se fundamenta exclusivamente en la voluntad del juzgador. Asimismo, afirma que la

sentencia recurrida prescinde de la prueba conducente para la resolución del pleito y efectúa una valoración incorrecta de las probanzas rendidas en autos.

En este sentido, argumenta que no existe en autos prueba alguna que acredite la mentada simultaneidad de operaciones en la que el *a quo* fundó su sentencia. En particular, resalta que al momento en que Génesis S.A. fue inscripta en la Inspección General de Justicia, los socios sindicados de la sociedad “La Fortuna” ya habían resuelto la desactivación de dicho ente, el cual se encontraba en proceso de disolución atento a la nula rentabilidad que su funcionamiento reportaba a sus asociados. Asimismo, sostiene que Génesis S.A. recién comenzó su giro comercial entre los años 1997 y 1998, razón por la cual no habrían existido jamás actividades en competencia entre ambas sociedades.

Sin perjuicio de lo antes dicho, y en lo que respecta al establecimiento de una indemnización por “pérdida de chance”, señala que este rubro no debe identificarse con la utilidad no percibida, sino con la chance misma, debiendo ésta ser apreciada judicialmente, según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, no pudiendo identificarse nunca con el eventual beneficio perdido. En consecuencia, cuestiona la determinación de la indemnización por infundada e irrazonable argumentando que La Fortuna nunca generó utilidades sino quebrantos y, por tanto, la pérdida de chance que se invoca aparece como meramente conjetural e hipotética, en tanto no encuentra respaldo alguno en las constancias probatorias rendidas en la causa.

Por último, se agravia por la imposición de costas a su parte en razón de que la demanda sólo prosperó en un 4,31% de lo pretendido, con lo cual la distribución debió realizarse conforme a la regla para el supuesto de vencimientos parciales y mutuos.

4º) Que para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión. Este no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impida considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18

de la Constitución Nacional (conf. doctrina de Fallos: 311:786; 312:696; 314:458; 324:1378, entre muchos otros).

En este sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. Esta última requiere, a su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse los fundamentos por los cuales resulta inaplicable, inválida o es corregida por razones de principios coherentes y consistentes, que resulten constitucionalmente fundados. Es que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso.

5°) Que, si bien los agravios de la demandada remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas de derecho común y procesal, regularmente ajenas a la instancia extraordinaria, corresponde hacer excepción a esa regla toda vez que la decisión del *a quo* se apoya en afirmaciones dogmáticas que le dan un fundamento sólo aparente (doctrina de Fallos: 312:683; 315:2514; 323:2314, entre muchos otros), prescinde de prueba conducente para la solución del litigio (Fallos: 319:3395; 327:5356, entre otros) e incurre en autocontradicción (Fallos: 317:167; 322:963) con grave afectación del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).

6°) Que, en efecto, la contradicción del *a quo* se da al reconocer, primero, que el banco tenía derecho a desvincularse del sindicato, que los actos societarios se habían cumplido regularmente, y que la actora no había instado el mecanismo reglado en el mentado pacto para suplir las vacancias; para luego atribuirle responsabilidad por afectar el normal funcionamiento de ese órgano y de la sociedad, como consecuencia de la inexistencia de reuniones dentro de cierto período de tiempo. Este razonamiento revela un grave defecto de fundamentación que obliga a calificar como arbitraria a la sentencia en recurso.

En este sentido cabe destacar, que en el pacto de sindicación de acciones expresamente se acordó que en caso de que un sindicado no

designase consejero titular, los votos y/o acciones que éste representara no se computarían para la determinación del quórum ni de las mayorías de las resoluciones que debieran adoptarse por el Consejo durante el tiempo de su vacancia. Por lo tanto, la no realización de reuniones entre febrero de 1992 y mayo de 1993 no puede atribuirse más que a la inactividad de la propia actora, quien no utilizó oportunamente los resortes que le proporcionaba el propio mecanismo creado por el pacto ni el que le brinda el ordenamiento societario para suplir las omisiones de la demandada.

Pretender ahora en la instancia judicial superar tal omisión de la actora, después de haber producido efectos jurídicos, importaría admitir un comportamiento de ésta contrario al asumido al momento de celebrar el convenio de sindicación de acciones. Y nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos: 294:220; 307:1602; 313:367; 316:1802; 329:5424, entre muchos otros).

7º) Que, por otra parte, el *a quo* arriba a la conclusión de que el banco se constituyó como agente institorio exclusivo y se obligó a no competir con “La Fortuna”, sin examinar los agravios vertidos por la recurrente en lo relativo a la falta de acreditación de una violación al pacto de sindicación u otro convenio en base a las restantes pruebas producidas en la causa. En efecto, tal como lo admite la propia actora la distribución o colocación de los seguros de retiro a través de los canales de comercialización de los socios no quedó expresamente pactada ni establecida en el convenio de sindicación o en otro instrumento formal, sino que esto resultaría de cierta prueba testimonial e instrumental rendida en autos.

A mayor abundamiento cabe agregar que, aún en el caso de que el contrato de sindicación de acciones hubiera designado a la recurrente como agente institorio exclusivo, las decisiones de no iniciar nuevos emprendimientos y de desactivar “La Fortuna” fueron adoptadas con antelación a la constitución de la aseguradora “Génesis” por Provincia Seguros S.A., tal como surge de las constancias de la causa; y aún en el caso de que esas supuestas violaciones hubieran existido, el propio convenio de sindicación de acciones establecía un procedimiento a seguir y las penalidades a aplicar. Ninguno de estos aspectos fueron analizados por el *a quo*.

8º) En las condiciones expuestas, el fallo impugnado soslayó la consideración de argumentos relevantes para la solución del caso, incurriendo en serias contradicciones, razón por la cual debe ser descalificado con base en la doctrina de la arbitrariedad elaborada por esta Corte, en tanto ha sido demostrado el nexo directo e inmediato entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48).

Como consecuencia de ello, deviene abstracto el tratamiento de las restantes cuestiones planteadas por las partes.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente la queja deducida por la demandada, admisible el recurso extraordinario interpuesto con los alcances indicados, y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Asimismo, se declara inoficioso el recurso interpuesto por la actora. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo expresado. Agréguese ambas quejas al principal, las que se acumulan en este acto. Reinténgense los depósitos.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de hecho interpuesto por **la actora Previfort S.A.**, representada por el **Dr. Gustavo F. Kohen** y patrocinada por el **Dr. Carlos A. Kreimer** y queja deducida por **la demandada Banco de la Provincia de Buenos Aires**, representada por la **Dra. Vanesa S. Krivopisk** y patrocinada por la **Dra. Natalia Francisco**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 23**.

CHRISTIAN MAXIMILIANO ROMERO

REINCIDENCIA.

Corresponde revocar la sentencia que condenó y declaró reincidente al recurrente si su interpretación no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva.

—La Dra. Carmen M. Argibay consideró inadmisibles (art. 280 CPCCN) el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja—.

GARANTIA DE IMPARCIALIDAD.

Corresponde revocar la sentencia que fue suscripta por dos jueces que al examinar el caso en una intervención anterior ya habían llegado a una conclusión semejante y que no se limitó a cuestiones sólo relativas a la admisibilidad formal del recurso, sino que, por el contrario, apoyó el rechazo del recurso en consideraciones de fondo, atinentes a la responsabilidad del acusado, ya que aun cuando el agravio relativo a la violación de la garantía de imparcialidad sólo fue introducido en oportunidad del recurso de queja, el procedimiento seguido por el *a quo* no satisfizo los estándares mínimos del debido proceso (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

REINCIDENCIA.

Corresponde revocar la sentencia que condenó y declaró reincidente al recurrente si su interpretación no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva, en la medida en que ella es también soportada por quienes aún se presumen inocentes (procesados), los cuales, precisamente por tal razón, no son sometidos al régimen penitenciario (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

REINCIDENCIA.

Cumple pena quien la sufre después de la sentencia condenatoria, por lo que nadie puede nunca cumplir una pena que no le haya sido impuesta, sin perjuicio de que por elementales razones de equidad la ley prescriba que se “la tenga” por cumplida (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió, tras el reenvío dispuesto por V.E. en aplicación del precedente “Casal” (fs. 454 de los autos principales), rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Christian Maximiliano Romero y confirmar la sentencia que lo condenó a la pena de dieciséis años de prisión por considerarlo autor culpable del delito de homicidio en concurso real con

lesiones graves, sanción que se unificó en la pena de diecinueve años de prisión –comprensiva de otra pena única de tres años de prisión– y lo declaró reincidente (fs. 479/492 vta., 345/vta., 347/354 vta. de los autos principales).

Contra esa decisión se interpuso el recurso del artículo 14 de la ley 48, cuya denegación dio lugar a esta queja, presentada por el imputado *in forma pauperis* y fundada técnicamente por la defensa oficial (fs. 516/524 vta. del principal y fs. 1, 15/25 vta. de este legajo).

– II –

1. En su recurso extraordinario la defensa dice de la inconstitucionalidad de la reincidencia y se agravia por no verificarse en el caso la condición establecida en el art. 50 del Código Penal, en tanto, según alega, Romero no fue sometido al régimen de condenados, es decir, no recibió los influjos positivos del tratamiento penitenciario. A este respecto, señala que su pupilo recuperó la libertad antes de que el tribunal oral comunicara la condena y que no se verifica el “cumplimiento parcial de pena” al no haber transcurrido los dos tercios de ésta.

2. Al dar fundamento técnico a esta queja *in pauperis* la defensa oficial insiste con la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia y con la falta de tratamiento penitenciario; agraviándose también por la falta de imparcialidad del tribunal *a quo* al haber intervenido en esta ocasión dos de los jueces que dictaron la sentencia que la Corte dejó sin efecto por aplicación de la doctrina del precedente “Casal”, y alega que, nuevamente, la casación incumple con el máximo esfuerzo de revisión que exige la doctrina sentada a partir de ese fallo.

– III –

De antemano conviene aclarar que, en sustancia, los únicos agravios mantenidos en todas las instancias por la defensa se ordenan a descalificar la declaración de reincidencia respecto del condenado (art. 50, C.P.).

En ese orden, al ampliar los fundamentos del recurso de casación oportunamente interpuesto, la defensora oficial sostiene que a fin de dar completitud a los agravios introduce la cuestión de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia puesto que “ha sido cuestionada

desde su vulneración de la normativa suprallegal, especialmente por ser lesiva de los principios de igualdad, culpabilidad y, especialmente *non bis in idem*. La reincidencia también agravia en forma ostensible los principios del derecho penal de acto, en tanto crea la categoría de personas reincidentes, a quienes impone un derecho penal más riguroso en virtud de otros hechos que fueron ocurridos, juzgados y castigados en el pasado.”

A renglón seguido, refiriéndose al caso concreto, y siguiendo la tesis propuesta en el juicio, alega que Romero no cumplió verdadera pena por no haber recibido tratamiento penitenciario con miras a su reinserción social. Esto porque la sentencia de condena fue comunicada cuando ya se encontraba en libertad.

Firme la sentencia del Tribunal Oral N° 25 el 25 de junio de 2002 y concedida la libertad condicional (art. 13, C.P.) el 20 de agosto de ese año, la cámara de casación colige que el imputado permaneció ese lapso privado de su libertad en calidad de condenado, y que la falta de comunicación de la condena a la autoridad penitenciaria no resulta impedimento para la declaración de reincidencia cuando el fallo quedó firme. En ese sentido, también tuvo en cuenta que al concedérsele la libertad anticipada con arreglo al art. 13 del Código Penal, fue supervisado por el Patronato de Liberados hasta que se produjo su detención por el hecho de este proceso (v. apartado C) de la segunda cuestión, fs. 491/492 de los principales).

A mi manera de ver, tal conclusión no resulta objetable por la vía que se intenta, pues, al margen de que se trata de la interpretación de una norma de derecho común, el juicio del *a quo* en este punto constituye una exégesis razonable del texto legal que, además, se ajusta a los precedentes de la Corte sobre esta cuestión (Fallos: 308:1938; 311:1209 y 1451; 315:2599).

Despejado este segmento del agravio, y más allá de que al mantener y mejorar los fundamentos del recurso de casación –tal como quedó expuesto– la inconstitucionalidad de la norma, amén de su tardía introducción, solamente se enlazó con la alegada falta de cumplimiento parcial de la pena, ante la insistencia de la defensa en su recurso extraordinario, debo decir que ese planteamiento carece de una adecuada relación con la pena concretamente impuesta en este caso y la graduación del reproche que es su presupuesto. Nexo indispensable, según lo

veo, para dar sustancia a su pretensión de hallarse involucradas las garantías constitucionales que genéricamente invoca.

Y, si se tiene en cuenta que V.E. ha admitido la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, C.P.) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, C.P.), descartado por insustancial lo relativo al primer aspecto, el agravio posible es, por el momento, hipotético. Es que la restricción contenida en el citado artículo 14 será operativa una vez cumplidas las demás condiciones del art. 13 del Código Penal (v. cons. 14, voto del juez Petracchi, Fallos: 329:3680 y su cita; Fallos: 311:552).

Por lo demás, en lo referente a la imparcialidad de la cámara de casación, y sin perjuicio de la tardía introducción de esta cuestión, que sólo se intenta en el escrito de queja, cabe remitirse, en lo pertinente, a lo dictaminado por esta Procuración en autos M. 2331, L. XLII, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió V.E. (dictamen del 27/6/2007, sentencia del 4/12/2007).

– IV –

En razón de todo lo expuesto, opino que V.E. puede rechazar la presente queja. Buenos Aires, 23 de septiembre de 2008. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Christian Maximiliano Romero en la causa Romero, Christian Maximiliano s/ causa N° 7019”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 de la Capital Federal resolvió condenar a Christian Maximiliano Romero a la pena de dieci-

séis años de prisión, por considerarlo autor de los delitos de homicidio y lesiones graves, en concurso real, imponiéndole al nombrado la pena única de diecinueve años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la ya aludida y de la pena única de tres años de prisión que le había fijado el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 de esta ciudad. En el mismo pronunciamiento también se decidió declarar reincidente a Christian Maximiliano Romero. Contra dicho fallo, el condenado interpuso un recurso de casación que fue rechazado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, motivando ello la presentación del recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja.

2º) Que en su apelación extraordinaria el recurrente alegó la vulneración a los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad e igualdad a partir de la declaración de reincidencia efectuada a su respecto, solicitando que se declare la inconstitucionalidad de dicho instituto. Sin perjuicio de ello, también invocó la arbitrariedad del fallo impugnado sobre la base de considerar que la calidad de reincidente fue establecida sin contarse con los recaudos previstos por la ley a tal fin, tal como el necesario cumplimiento de “pena” aun cuando éste fuere tan sólo parcial (art. 50 del Código Penal).

3º) Que del examen del expediente es dable advertir la concurrencia de los extremos siguientes: a) por sentencia firme del 25 de junio de 2002 el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 de esta ciudad condenó a Romero a la pena única de tres años de prisión; b) el 20 de agosto de 2002 se le concedió al nombrado la libertad condicional de acuerdo con lo previsto en el art. 13 del Código Penal; c) las correspondientes notificaciones de la condena firme se efectuaron con fecha 2 de septiembre de 2002, es decir, cuando el condenado se hallaba gozando del beneficio de la libertad condicional y d) los hechos que motivaron la condena a dieciséis años de prisión dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 acaecieron con fecha 26 de octubre de 2002.

4º) Que a criterio del apelante se verifica en la especie un supuesto de arbitrariedad de sentencias por el hecho de que, al no haber mediado notificación del carácter firme de la condena durante el tiempo de encierro, Christian Maximiliano Romero habría permanecido en prisión preventiva hasta el momento en que se dispuso su libertad condicional, lo cual le impidió ser sometido a las distintas fases del tratamiento penitenciario, aspecto éste que desde la perspectiva de la defensa resulta determinante para negar la existencia de reincidencia real en los términos en que lo exige nuestro Código Penal.

5º) Que el tribunal *a quo*, partiendo de la exégesis opuesta a la practicada por el recurrente, sostuvo que “...la circunstancia de no haber Romero transitado por las fases previstas en el tratamiento penitenciario, no constituye óbice para su declaración de reincidencia si –como en este caso– concurren los requisitos que en la norma se establecen...” (en especial, ver fs. 492).

6º) Que, en definitiva, lo que intenta ser sometido a juicio de esta Corte es el criterio asumido por el tribunal de casación interviniente en cuanto interpreta que por “cumplimiento total o parcial de pena” (art. 50 del Código Penal) cabe entender cualquier fracción de encierro amparada por una sentencia firme más allá de que el detenido no haya sido efectivamente sometido al régimen de detención propio de los condenados.

7º) Que aun cuando el planteo formulado remite a la interpretación de una norma de derecho común, ajena, por regla, a esta instancia extraordinaria, tal principio admite excepción por vía de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ella se tiende a resguardar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas en la causa (Fallos: 316:2464; 319:103; 323:2166; 327:5857, entre otros).

8º) Que la interpretación objetada por el apelante no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva, motivo por el cual la situación planteada en autos es sustancialmente idéntica, *mutatis mutandi*, a la de Fallos: 330:4476, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

9º) Que a partir de ello, el planteo de inconstitucionalidad referido a la citada disposición penal pierde toda virtualidad, habida cuenta de que las circunstancias constatadas en el sub examine no habilitaban la aplicación del instituto que dicha norma prevé.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance que surge del presente fallo. Vuelvan los autos

al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese al principal. Hágase saber y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 de Capital Federal condenó a Christian Maximiliano Romero a la pena de dieciséis años de prisión, por considerarlo autor de los delitos de homicidio y lesiones graves, en concurso real, imponiéndole al nombrado la pena única de diecinueve años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la ya aludida y de la pena única de tres años de prisión dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 de esta ciudad. En el mismo pronunciamiento, Romero fue declarado reincidente.

2º) Que la defensa interpuso un recurso de casación contra dicha decisión, el cual fue rechazado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal. En esa primera intervención, los jueces entendieron que la impugnación de la apelante era inadmisibile por estar dirigida a “quebrantar la plataforma fáctica” fijada en la sentencia, a pesar de que los hechos que dieron origen a la presente “...fueron avalados por las declaraciones contestes que durante la audiencia de debate efectuaron los testigos...” (fs. 385 vta.). En contra de lo argumentado por la defensa, en dicha resolución se afirma que de las actuaciones “surge palmariamente que la situación de hecho que terminó con la vida de Claudio Ariel Duhagón y lesionó a Luciano Sebastián Rubio Díaz se desarrolló en los términos reseñados por el tribunal de juicio” (fs. 386 vta.).

3º) Que el decisorio referido fue impugnado por la vía de recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja R.346.XL, decidida el 20 de diciembre de 2005 por esta Corte. Dicho fallo –por mayo-

ría— dejó sin efecto lo resuelto por la Sala I y ordenó que se procediera a una revisión de la sentencia condenatoria acorde con los criterios sentados en los precedentes “Casal” y “Martínez Areco” (fs. 454/459). Con ese propósito, se dispuso asimismo la devolución de los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento.

4°) Que a pesar del tenor de lo resuelto, el *a quo* entendió que no existía obstáculo alguno para que en la nueva decisión intervinieran dos de los tres jueces que ya se habían pronunciado con anterioridad en los términos precedentemente señalados, y con esa integración resolvió, nuevamente, que la valoración de la prueba que había hecho el tribunal oral permitía tener por acreditada la culpabilidad de Romero en los hechos imputados, pues “los magistrados aplicaron las reglas de la experiencia, del sentido común y la razón, lo que denota que se realizó un adecuado razonamiento deductivo-inductivo a partir de la prueba producida (...)”.

5°) Que más allá del acierto o error de tal valoración, no es posible soslayar que ella es suscripta por dos jueces que al examinar el caso en una intervención anterior ya habían llegado a una conclusión semejante. De este modo, la situación que se plantea en el *sub lite* resulta sustancialmente diferente de la del caso M.2331.XLII, resuelto el 4 de diciembre de 2007 —invocado por el señor Procurador Fiscal—, en tanto en modo alguno podría sostenerse aquí que el tribunal *a quo* se haya limitado en su valoración a cuestiones sólo relativas a la admisibilidad formal del recurso, sino que, por el contrario, apoyó el rechazo del recurso en consideraciones de fondo, atinentes a la responsabilidad del encausado.

6°) Que, en las condiciones descriptas, y aun cuando el agravio relativo a la violación de la garantía de imparcialidad sólo fue introducido en oportunidad del recurso de queja que motiva esta nueva intervención del Tribunal (cf. Fallos: 331:1605, en particular, párr. III, pto. 1, del dictamen del señor Procurador Fiscal, al que remitió el Tribunal), el procedimiento seguido por el *a quo* no ha satisfecho los estándares mínimos del debido proceso, en una situación equiparable a la resuelta en Fallos: 330:1457, cuyas consideraciones resultan aplicables en lo pertinente.

7°) Que por las razones expuestas precedentemente no corresponde el tratamiento de los restantes agravios planteados por la recurrente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 de la Capital Federal resolvió condenar a Christian Maximiliano Romero a la pena de dieciséis años de prisión, por considerarlo autor de los delitos de homicidio y lesiones graves, en concurso real, imponiéndole al nombrado la pena única de diecinueve años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la ya aludida y de la pena única de tres años de prisión que le había fijado el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 de esta ciudad. En el mismo pronunciamiento también se decidió declarar reincidente a Christian Maximiliano Romero. Contra dicho fallo, el condenado interpuso un recurso de casación que fue rechazado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, motivando ello la presentación del recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja.

2º) Que en su apelación extraordinaria el recurrente alegó la vulneración a los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad e igualdad a partir de la declaración de reincidencia efectuada a su respecto, solicitando que se declare la inconstitucionalidad de dicho instituto. Sin perjuicio de ello, también invocó la arbitrariedad del fallo impugnado sobre la base de considerar que la calidad de reincidente fue establecida sin contarse con los recaudos previstos por la ley a tal fin, tal como el necesario cumplimiento de “pena” aun cuando éste fuere tan sólo parcial (art. 50 del Código Penal), dado que recuperó la libertad antes de que el tribunal oral comunicara la condena.

3º) Que del examen del expediente es dable advertir la concurrencia de los extremos siguientes: a) por sentencia firme del 25 de junio de 2002, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 de esta ciudad condenó a

Romero a la pena única de tres años de prisión; b) el 20 de agosto de 2002 se le concedió al nombrado la libertad condicional de acuerdo con lo previsto en el art. 13 del Código Penal; c) las correspondientes notificaciones de la condena firme se efectuaron con fecha 2 de septiembre de 2002, es decir, cuando el condenado se hallaba gozando del beneficio de la libertad condicional y d) los hechos que motivaron la condena a dieciséis años de prisión dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 acaecieron con fecha 26 de octubre de 2002.

4°) Que a criterio del apelante se verifica en la especie un supuesto de arbitrariedad de sentencias por el hecho de que, al no haber mediado notificación del carácter firme de la condena durante el tiempo de encierro, Christian Maximiliano Romero habría permanecido en prisión preventiva hasta el momento en que se dispuso su libertad condicional, lo cual le impidió ser sometido a las distintas fases del tratamiento penitenciario, aspecto éste que desde la perspectiva de la defensa resulta determinante para negar la existencia de reincidencia real en los términos en que lo exige nuestro Código Penal.

5°) Que el tribunal *a quo*, partiendo de la exégesis opuesta a la practicada por el recurrente, sostuvo que "... la circunstancia de no haber Romero transitado por las fases previstas en el tratamiento penitenciario, no constituye óbice para su declaración de reincidencia si —como en este caso— concurren los requisitos que en la norma se establecen..." (en especial, ver fs. 492).

6°) Que, en definitiva, lo que intenta ser sometido a juicio de esta Corte es el criterio asumido por el tribunal de casación interviniente en cuanto interpreta que por "cumplimiento total o parcial de pena" (art. 50 del Código Penal) cabe entender cualquier fracción de encierro amparada por una sentencia firme más allá de que el detenido no haya sido efectivamente sometido al régimen de detención propio de los condenados.

7°) Que aun cuando el planteo formulado remite a la interpretación de una norma de derecho común, ajena, por regla, a esta instancia extraordinaria, tal principio admite excepción por vía de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ella se tiende a resguardar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas en la causa (Fallos: 316:2464; 319:103; 323:2166; 327:5857, entre otros).

8°) Que la interpretación objetada por el apelante no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva (Fallos: 330:4476), en la medida en que ella es también soportada por quienes aún se presumen inocentes (procesados), los cuales, precisamente por tal razón, no son sometidos al régimen penitenciario.

Por lo demás, cabe recordar que, por mandato constitucional, quienes se encuentran procesados deben no sólo hallarse separados de los condenados sino que además deberán ser sometidos a un tratamiento distinto adecuado a su condición de persona no condenada (art. 10, inciso 2.-a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

9°) Que, por ende, la aplicación al caso del art. 50 del Código Penal revela una comprensión inadecuada de esa norma que no se ajusta a su texto, toda vez que el condenado no ha cumplido parcialmente la primera pena privativa de libertad, sino que se tuvo por cumplido ese requisito con el tiempo de encierro sufrido antes de que se comunicara la condena.

10) Que, en efecto, cumple pena quien la sufre después de la sentencia condenatoria, por lo que nadie puede nunca cumplir una pena que no le haya sido impuesta, sin perjuicio de que por elementales razones de equidad la ley prescriba que se “la tenga” por cumplida.

11) Que, por otra parte, esa finalidad no sólo deriva de la legislación ordinaria ya citada sino que se encuentra plasmada en nuestro bloque de constitucionalidad previsto en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (art. 5, inciso 6°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10, inciso 3°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), razón por la cual el Estado asume el deber de procurar la consecución de dicho objetivo cuando acude a la respuesta punitiva, no siendo por ello indiferente la omisión de su cumplimiento.

12) Que en el *sub lite* se verifica un caso en que la declaración de reincidencia ha prescindido por completo de un presupuesto ineludible, toda vez que Christian Maximiliano Romero no había cumplido siquiera parcialmente una pena dado que, como se advirtió, la noti-

ficación al servicio penitenciario de su carácter de “condenado firme” ocurrió cuando aquél ya se hallaba gozando del beneficio de la libertad condicional.

Por ende, la legitimación de tal proceder jurisdiccional llevaría a relativizar la función constitucional asignada al Estado cuando decide recurrir a la institucionalización punitiva de sus ciudadanos.

13) Que al no concurrir en autos los presupuestos exigidos por la norma contenida en el art. 50 del Código Penal, su aplicación ha obedecido entonces a un acto jurisdiccional que, sin razón valedera, ha prescindido de la letra de la ley, consagrando una exégesis irrazonable de su texto (Fallos: 310:799 y 2091; 315:1604; 325:1571; 326:4515, entre otros), extremo que funda la tacha de arbitrariedad.

14) Que a partir de ello, el planteo de inconstitucionalidad referido a la citada disposición penal pierde toda virtualidad, habida cuenta de que las circunstancias constatadas en el sub examine no habilitaban la aplicación del instituto que dicha norma prevé.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance que surge del presente fallo. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese al principal. Hágase saber y, oportunamente, remítase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que, dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que con-

cede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Christian Maximiliano Romero**, representado por el **Defensor Público Oficial, Dr. Eduardo A. Dromi**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**.

DIA ARGENTINA S.A. Y OTRA C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Corresponde desestimar la acción de inconstitucionalidad si la peticionaria ha entendido configurada la situación de incertidumbre con la sola emisión de las normas y su confrontación con un esquema de desarrollo comercial operativo, cuya afectación resulta meramente especulativa, en tanto no se aportaron datos concretos acerca de los establecimientos que se proyectaba instalar, el ocurrente rechazo de tales propuestas, el inicio de los trámites y la demora o desestimación irrazonable o infundada, por lo cual los agravios constitucionales resultan meramente hipotéticos, sin que eventuales dificultades en la planificación empresarial motivadas en la mera existencia de ese plexo normativo, constituyan fundamento suficiente como para transformar en cierto y actual un gravamen que sólo se presenta como de naturaleza conjetural.

FACULTADES NO DELEGADAS.

Si la mera entrada en vigencia de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires tiene ya una incidencia sobre los intereses de la parte actora, ella se encuentra legitimada para promover a través de una acción declarativa de certeza el examen concerniente al poder que tiene la provincia para dictarla en el marco del sistema federal pero, al no tratarse de una ley que verse sobre temas propios de la legislación nacional sino del poder para dictar normas que reglamentan la habilitación de cierto tipo de locales destinados al comercio minorista, está dentro de las facultades de las provincias para establecer el modo de ejercicio

de los derechos individuales en general y, en especial, para regular la práctica del comercio que se lleva a cabo dentro de su territorio (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

FACULTADES NO DELEGADAS.

Corresponde rechazar la demanda si la actora debió haber descripto con precisión el conflicto que según ella se verifica entre la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires y las normas nacionales –leyes 25.156, 24.240 y decreto 2284/1991– y, si fuese un conflicto de hecho, probar que, en la práctica, la aplicación de la ley provincial provoca un severo entorpecimiento de las políticas nacionales, de modo tal que el único camino a transitar por la Corte fuera el de restar validez a las normas locales en orden a establecer la procedencia del derecho, ya que no se trata de una ley que verse sobre temas propios de la legislación nacional, sino del poder para dictar normas que reglamentan la habilitación de cierto tipo de locales destinados al comercio minorista y que, por consiguiente, está dentro de las facultades de las provincias para establecer el modo de ejercicio de los derechos individuales en general y, en especial, para regular la práctica del comercio que se lleva a cabo dentro de su territorio (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º, 4º, 9º, 10, 11, 12 y concordantes de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires si al establecer limitaciones a las empresas por la única razón de pertenecer a un grupo económico o cadena y con la finalidad de controlar el impacto que su instalación puede tener sobre el mercado, legisló sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia, cuya regulación corresponde en forma excluyente al Congreso Nacional, dificultando el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso al dictar la ley 25.156, que debe prevalecer en virtud del principio de supremacía federal previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 194/228, DIA Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentación Sociedad Anónima Española, en su carácter de grupo económico que se dedica a la explotación del negocio de supermercado barrial a bajos precios, también denominado “tienda de descuento”,

promueven acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de la ley 12.573 (y su decreto reglamentario 2372/01) y del decreto 124/03, por contrariar lo establecido en los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional, como así también en los tratados y acuerdos celebrados entre la República Argentina y el Reino de España, ratificados por las leyes nacionales 23.670, 24.739 y 24.118.

Afirman que el régimen local interfiere con el plan de expansión que tenían previsto implementar en la Provincia, toda vez que el art. 4° de la ley impugnada fija una cantidad de locales según sea la población del municipio, disponiendo un límite máximo de un establecimiento en localidades de hasta 150.000 habitantes, dos en las de más de 150.000 y hasta 300.000 y de tres en las que superen dicha cifra. De este modo, dicen, la ley genera una doble restricción a derechos preexistentes, pues, por un lado, si bien les da certeza de que no podrán instalar más de un número determinado de tiendas en cada localidad, por el otro, les ocasiona una gran inseguridad jurídica, ya que, aún cuando instalaran establecimientos por debajo del límite fijado mantienen la incertidumbre sobre si luego no se les impondrán nuevas exigencias de imposible cumplimiento.

Además, cuestionan el bloque normativo local porque, a su juicio, instituye un procedimiento de habilitación de comercios que vulnera la libre competencia, en tanto establece límites inconstitucionales al derecho de ejercer industria lícita de los “grandes establecimientos comerciales” y de las “cadenas de distribución” en beneficio del “comercio minorista local”. En tal sentido, manifiestan que ello implica un ejercicio ilegítimo del poder de policía por parte de la Provincia, que invade la distribución de competencias asignadas en la Ley Fundamental, así como también una violación al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento firmado el 12 de agosto de 1993 y a las leyes 24.240, de Defensa del Consumidor, y 25.156, de Defensa de la Competencia.

Señalan que la implementación del mencionado sistema exige un análisis del impacto socioeconómico y ambiental de elevado costo que perjudica la economía de la empresa, pues provoca interferencias en el desenvolvimiento del negocio y, en especial, en las inversiones necesarias para lograr una nueva apertura. En ese sentido, explican

que a partir de la pre-habilitación municipal debe iniciarse el expediente de factibilidad ante los organismos provinciales, cuyo trámite –estimado en 270 días para ser concluido– implica hacer inversiones a fondo perdido en estudios de zonas y selección de inmuebles, al igual que numerosas dificultades al momento de celebrar nuevos contratos de locación.

En apoyo de tales argumentos, exponen que durante el transcurso de un año obtuvieron un solo certificado de factibilidad en todo el territorio provincial, cuando antes de la sanción de la ley cuestionada habían inaugurado más de cien locales en ese mismo período.

Se agravan, asimismo, porque el Poder Ejecutivo provincial, al dictar el decreto 124/03, dispuso suspender por el término de 180 días la excepción que la ley 12.573 confería a las franquicias de cadenas de descuento y, además, por haber establecido condiciones más gravosas en la elección de la Universidad Nacional para la realización del estudio del impacto socioeconómico (arts. 1º y 3º del citado decreto) privándoles, de esta manera, de la única vía por la que podían seguir con su plan de expansión en la Provincia.

En ese contexto, indican que el bloque normativo cuestionado prevé una reglamentación del comercio contraria a lo dispuesto en los arts. 75, inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional, toda vez que más allá de que el poder de policía pueda ser ejercido por la Nación juntamente con las provincias y de que el poder de policía sobre el comercio interno le corresponde a los estados locales, se ha sostenido que aquella concurrencia de poderes puede ejercerse siempre que se respeten las limitaciones que le impone la Ley Fundamental. Sin embargo, expresan que, en el caso, la autoridad provincial pretende legislar sobre cuestiones atinentes tanto al derecho común, mediante la regulación de figuras atípicas del comercio, tal el caso de las “cadenas de distribución” o “tiendas de descuento” y “franquicias”, como aquellas que atañen a la protección de las garantías constitucionales de la libertad de comercio e igualdad, al legislar en materia de “defensa de la competencia” y “concentración empresarial”.

Por último, hacen reserva de recurrir a los procedimientos previstos en los arts. 9º y 10 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado con el Reino de España, ratificado por la ley 24.118, al igual que ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los términos del Pacto de San José de Costa Rica,

sobre la base de argüir lesión insanable de los derechos de propiedad y de libertad de comerciar, así como de las garantías de igualdad y razonabilidad.

Mediante el escrito de fs. 247/261, ampliaron la demanda e hicieron extensiva la impugnación, por iguales motivos que los expresados en el libelo introductorio, al decreto 1363/03, que dispone la supresión del número 111 de la lista del Anexo II así como del art. 6º, Anexo I, ambos del decreto 2372/01, reglamentario de la ley 12.573, que establecían excepciones al régimen de la citada ley y que, por consiguiente, permitían seguir abriendo, sin condiciones, nuevas tiendas, ya sea bajo el régimen dispuesto por el decreto local 8912/77 o bajo la forma de franquicias.

– II –

A fs. 263, V.E. corrió traslado de la demanda a la Provincia de Buenos Aires y citó como terceros, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA) y a la Asociación del Consumidor (ADELCO).

– III –

A fs. 289/292, compareció la Asociación del Consumidor (ADELCO) y cuestionó el bloque normativo local, en cuanto limita la cantidad de locales comerciales que pueden ser habilitados e impone la obtención de un certificado de factibilidad provincial (arts. 4º, 9º y siguientes de la ley 12.573), porque entendió que genera una distorsión en el mercado y viola materia de competencia federal (arts. 75, inc. 13 y 126 de la Constitución Nacional). Asimismo, señaló que la Provincia de Buenos Aires, con dicho proceder, tiende a favorecer a aquellos locales comerciales que no tengan grandes superficies ni integren una Cadena de Distribución, en detrimento de la libertad del consumidor en la elección de precios, calidades y variedades en su acceso al mercado.

– IV –

A su turno, la Provincia de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó su rechazo por medio del escrito que luce a fs. 394/399.

Sostuvo que varias manifestaciones de las actoras han quedado desvirtuadas por la propia fuerza de los acontecimientos, ya que desde la fecha de interposición de la demanda —a mediados del 2003— y en el marco de las disposiciones de la ley provincial 12.573 y sus normas complementarias, le han sido otorgadas a la empresa DIA veintinueve habilitaciones para la apertura de centros de comercialización en diversos lugares de la Provincia, muchos de los cuales estaban, en aquel entonces, en trámite de ser aprobados.

En consecuencia, afirmó que las actoras han aceptado la aplicación de las normas vigentes, lo que obstaba a su posterior impugnación sobre la base de la doctrina de los actos propios.

Adujo, además, que no se configuran los presupuestos para que proceda la acción declarativa, en particular, porque aquéllas no acreditan la existencia de un estado actual de incertidumbre.

Negó que exista una demora de 270 días en el trámite de habilitación y dijo que, en todo caso, es claro que deben tardar más aquellos emprendimientos que no cumplen con los recaudos pertinentes, los cuales, por otro lado, en su mayor parte, son exigidos por las disposiciones municipales. Negó, también, que se hayan obtenido cien autorizaciones en un año, y de ser así, indicó que deberían haberse detallado la ubicación geográfica de los establecimientos y el impacto que ello produjo.

Manifestó, respecto de los altos costos del estudio del impacto socio económico, que no son establecidos por el Fisco sino por las Universidades Nacionales.

Asimismo, sostuvo que no es cierto que las normas cuestionadas sean contrarias a las disposiciones nacionales, puesto que, en el caso de ejercicio de facultades concurrentes, una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre un mismo objeto, sin que ello derive en violación a precepto jurídico alguno y que, para una cabal coexistencia de esas facultades sea constitucionalmente inadmisibles, es preciso que medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable.

En ese orden de ideas, concluyó que la reglamentación impugnada es razonable y no conculca los principios previstos en las leyes de Defensa de la Competencia y de Defensa del Consumidor. Por el contrario, la Provincia de Buenos Aires colabora con esfuerzo para evitar actividades monopólicas, así como también prevé el sometimiento a la

Ley de Defensa de la Competencia por actividades económicas (arts. 3° y 12 del decreto reglamentario 2372/01).

Por otra parte, considera desacertada la citación en calidad de tercero a ADECUA y ADELCO, en cuanto se trata de dos asociaciones que no tienen actuación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires ni figuran inscriptas en el Registro de Asociaciones de Consumidores previsto en la ley local 12.460.

Finalmente, destaca la improcedencia de la reserva efectuada por las actoras para recurrir ante el CIADI, pues considera que la elección de la vía local implica la renuncia de la internacional, por ser excluyentes entre sí.

– V –

Entiendo que, liminarmente, corresponde examinar si se encuentran reunidos los presupuestos para la admisibilidad formal de la acción declarativa articulada.

Al respecto, los precedentes de V.E. en la materia indican que la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un “caso”, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa. Así, el Tribunal ha declarado que la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un “*acto en ciernes*” –al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal– y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379; 308:2569; 310:606; 320:1875; 322:678 y 1253; 326:4774 entre otros).

Precisamente, V.E., en el primero de los precedentes citados (*in re*, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ acción de amparo”), al igual que lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos –en la causa “Aetna Life Insurance Co. C/ Havorth, 300 U.S.227”–, definió los presupuestos formales de admisión de esta clase de acciones: a) actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo y c) que aquella actividad tenga concreción bastante.

Pienso que tales requisitos no se cumplen en el *sub lite* toda vez que no ha existido actividad alguna que haya puesto en tela de juicio

el derecho ejercido ni se ha afectado el interés que se invoca, pues no median actos concretos o en ciernes del poder administrador.

En efecto, de la documentación acompañada no resultan los extremos que las actoras debían demostrar, a saber, la lesión o amenaza que pudiera afectar en grado suficientemente concreto su derecho a la libertad de comercializar en la Provincia. En el escrito de fs. 124/228, las demandantes cuestionan la legislación local porque –según su criterio– lesiona sus derechos constitucionales de ejercicio del comercio y de propiedad, al regular un procedimiento de habilitación que exige la presentación de un certificado de factibilidad provincial, circunstancia que –siempre según sus dichos– las perjudica en razón de que les limita el plan de expansión que tenían previsto implementar en la Provincia de Buenos Aires.

Sin embargo, es importante poner de relieve que no se observa que el efectivo daño alegado haya sido demostrado fehacientemente, pues omiten probar la existencia de algún acto de autoridad competente o, al menos, de un hecho administrativo que, con motivo de la reglamentación que impugnan, les haya limitado el plan de expansión que dicen tener pero que tampoco acompañan. Ni siquiera acreditan la existencia de trámites iniciados, pendientes de resolver, y que, por vigencia de las disposiciones provinciales, se hayan visto obstaculizados de proseguir para la obtención de las habilitaciones pertinentes. Por el contrario, la demandada –según la documental obrante a fs. 418– acredita haber habilitado 30 establecimientos en el territorio provincial de propiedad de las actoras.

Es decir que –contrariamente a lo que era menester–, las actoras no demuestran en qué medida el régimen establecido por la ley local ha afectado sus derechos, así como tampoco que haya existido actividad alguna que pusiera en tela de juicio sus derechos constitucionales, al menos con el grado de concreción necesaria para la procedencia de este tipo de acción.

El Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación –que el Congreso argentino y la jurisprudencia del Tribunal han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos– como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere

el art. 2º de la ley 27; es decir, aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Por ello, no se está en presencia de una “causa” cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos: 12:372; 24:248; 95:290; 107:179; 115:163; 156:318; 243:176, entre muchos otros).

La cuestión en examen no puede ser asimilada al supuesto de “casos contenciosos”, previsto en el art. 2º de la ley 27 citada, los únicos en los que los tribunales federales pueden ejercer su jurisdicción, ya que las consideraciones efectuadas precedentemente impiden concluir que se esté en presencia de una controversia actual y concreta (Fallos: 311:421, considerando 3º), que autorice a calificarlo como tal.

Las diversas pretensiones y argumentos esgrimidos por las actoras permiten señalar que se excedería en mucho la función encomendada al Poder Judicial si se diese trámite a la demanda interpuesta. Es de absoluta evidencia que su examen sin acto alguno del poder administrador que lo justifique exigiría emitir un pronunciamiento de carácter teórico por medio del cual, ineludiblemente, se juzgasen las bondades e inconvenientes del sistema vigente en materia de habilitación comercial en la Provincia de Buenos Aires, función que, sin los presupuestos necesarios e inevitables señalados, le está vedado ejercer a la Corte.

Al efecto, cabe recordar principios receptados por el Tribunal desde sus inicios, según los cuales, las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que el requisito de la existencia de “un caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes. Ello excluye la posibilidad de dar trámite a pretensiones como la del *sub lite*, en tanto “la aplicación” de las normas o actos de los otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 243:176).

En ese orden de ideas cabe concluir que, si no existe demostración del agravio que le ocasiona la aplicación de dicha norma, carece de sentido pronunciarse sobre su inconstitucionalidad (Fallos: 310:211; 314:407), pues las críticas de las actoras a las disposiciones locales resultan conjeturales o hipotéticas, en tanto, como se dijo, no probaron comportamiento alguno configurativo del requisito del “*acto en ciernes*”

que pueda válidamente originar una relación jurídica con la demandada (Fallos: 326:4774 y sentencia del 24 de mayo de 2005, *in re*, L. 358, L. XXXV, “La Cabaña Sociedad Anónima c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”).

Máxime, cuando no resulta ocioso recordar que, tal como lo ha señalado la Corte desde antiguo, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico y está a cargo de quien invoca una irrazonabilidad la alegación y prueba respectiva (Fallos: 325:645 y su cita)

Por lo tanto, la pretensión deducida, de obtener la declaración de inconstitucionalidad de actos de la legislatura y del poder administrador local, no constituye “*causa*” o “*caso contencioso*” que permita, desde mi óptica, la intervención del Poder Judicial de la Nación (confr. C. 626, L. XXI, “Contreras Hermanos y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 19 de agosto de 1999 y Fallos: 319:2642).

– VI –

Opino, por tanto, que corresponde desestimar *in limine* la presente demanda. Buenos Aires, 28 de abril de 2006. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Día Argentina S.A. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta:

I) A fs. 194/228 se presentan Día Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentos S.A. (Sociedad Española) y promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la de-

claración de inconstitucionalidad del decreto local 124/2003 de fecha 28 de febrero de 2003 y de la totalidad del bloque normativo que éste integra, comprensivo de la ley provincial 12.573, su decreto reglamentario 2372/01 y sus normas concordantes y complementarias, en tanto trasuntan una extralimitación de los poderes de policía de la provincia en apartamiento de la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional, así como una violación a las garantías constitucionales de libertad de comercio (artículo 14), igualdad (artículo 16), derecho de propiedad (artículo 17) y apartamiento de los derechos adquiridos al amparo de los tratados y acuerdos celebrados entre la República Argentina y el Reino de España, de carácter suprallegal (leyes nacionales 23.670, 24.739 y 24.118).

Señala la parte actora que Distribuidora Internacional de Alimentos es una empresa española dedicada desde hace largo tiempo a la explotación, en el mercado europeo, del negocio del Supermercado Barrial de Precios Bajos, también llamado Tienda de Descuento. Afirma que dicho formato comercial consiste en ofrecer a sus clientes un lugar de compras de proximidad y bajos precios, a partir de locales con superficie de venta de 200 a 400 m², similar a un autoservicio, y del desarrollo de economías de escala por centralización de procesos clave. Añade que esa idea comercial se ha consolidado en el mercado europeo, habiendo llegado a abarcar en la actualidad aproximadamente el 10% del mercado, en más de 33.000 puntos de venta. Esa actividad que, según afirma, Día despliega con rotundo éxito en numerosos países, encontró su marco de adaptación en la Argentina, al amparo de una política gubernamental de promoción de inversiones extranjeras y desregulación del comercio, en cuyo desarrollo abrió 233 locales entre los años 1997 y 2001. En ese lapso, la legislación no establecía ninguna condición de habilitación distinta de aquellas requeridas para cualquier establecimiento, pero esa situación comenzó a variar a partir del año 2001, alteración que la actora atribuye a la presión ejercida por las cámaras representantes del comercio minorista a nivel provincial. Así, advierte en la ley 12.573 una voluntad intervencionista y tuitiva de los comerciantes minoristas, al crear un Fondo de Reconversión Minorista, financiado con las multas impuestas a cadenas como la que forma la actora.

Expresa que Día España ha realizado cuantiosas inversiones en el país y que, dentro del plan de expansión de la empresa, la Provincia de Buenos Aires ocupa un lugar privilegiado, por lo que la legislación local que impugna torna ilusoria la garantía constitucionalidad de

ejercer toda industria lícita, al establecer una instancia provincial en el procedimiento de habilitación, que no se compadece con el régimen constitucional vigente.

Describe la actora su modalidad operativa, por la que concentra el poder de compra en un número limitado de productos y marcas, con la mejor relación entre precio y calidad, teniendo en miras al consumidor barrial y habitual y sin perjudicar la restante actividad comercial de la zona ya que, a diferencia de los grandes supermercados, no ofrece otra clase de prestaciones. Desde esa perspectiva formuló su plan de expansión, que no llegó a alcanzar el volumen mínimo indispensable para que las inversiones realizadas permitieran, en razón de los precios bajos, una rentabilidad “de escala”, es decir, asociada a la venta de grandes volúmenes de mercadería. Al tiempo de la sanción de la cuestionada ley 12.573, la actora se encontraba ejecutando dicho plan de expansión con una inversión anual –según indica– de U\$S 100.000.000.

Afirma la actora que la ley mencionada y las disposiciones que integran el bloque normativo impugnado generan severas restricciones que alteran las condiciones preexistente, en las que diseñó su actividad comercial, ya que a partir de su dictado no podrá abrir más que un número de tiendas –que califica como arbitrariamente fijado– ni podrá otorgar franquicias por encima de dicho límite por el plazo de 180 días, a la vez que deberá “sobreponerse a los más rigurosos y desproporcionados estudios de factibilidad previstos” (fs. 202). Describe los múltiples perjuicios que le ocasiona tal legislación, que comprenden –entre otros aspectos– la esterilidad de los diversos y costosos estudios realizados para ejecutar sus planes de expansión, el despido de personal, la frustración de contratos y de inversiones de variada índole, así como la afectación del valor de mercado de la empresa. Atribuye al dictado del decreto 124/03 el agravamiento de dicha situación, en cuanto dispone la suspensión por el término de 180 días de la excepción que la ley 12.573 otorgaba a las franquicias de cadenas de descuento, estableciendo –a su juicio– condiciones más gravosas en la elección de la Universidad Nacional a efectos de la realización del estudio de impacto socioeconómico.

Sostiene la actora que tal régimen normativo es inconstitucional por reglamentar el comercio de manera arbitraria, restringiendo una garantía constitucional en beneficio de un sector minoritario de la economía, ya que su parte no podrá habilitar más que un número determinado de locales, aunque cumpla con la totalidad de la legislación vigente.

Refiere la irrazonabilidad de la proporción establecida en función del número de habitantes de cada municipio, así como la desigualdad que entraña la norma en tanto no sujeta a las mismas restricciones a la instalación de tiendas que no integran cadenas, aunque presenten similares características, las que podrían, potencialmente, ocasionar idéntico impacto ambiental o económico, por lo que concluye que tal discriminación no responde a razones objetivas.

Cuestiona igualmente la demandante las disposiciones que regulan el estudio de factibilidad, a las que asigna la intención de convertir a dicho análisis en una especie de “prueba diabólica” que impida la efectiva apertura de tiendas (fs. 212) y advierte que el resultado de ese estudio debe ser sometido a consideración de organismos que, por su integración con representantes de los comerciantes ya instalados, revestirían simultáneamente el carácter de juez y parte.

Impugna también la regulación de la competencia y la suspensión del otorgamiento de franquicias y manifiesta que las normas se proyectan en un mercado cautivo de un “monopolio de clase”, valiéndose para ello de la severidad reglamentaria para con los interesados en ejercer la actividad, en solo beneficio de un sector: el de la capacidad comercial instalada.

Finalmente, la accionante desarrolla y fundamenta lo que configura, a su juicio, violación de los artículos 14, 16, 17, 28, 31, 42, 75 incisos 12, 18, 19 y 126 de la Constitución Nacional, del Pacto Federal, de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, así como de las normas de desregulación económica, por lo que solicita que se declare la inconstitucionalidad pedida y se cite, en calidad de terceros, a las asociaciones de consumidores ADECUA y ADELCO.

II) A fs. 247/261 la actora amplía demanda, impugnando el decreto 1363/03, que dispone la supresión del número 111 del listado del Anexo II y el artículo 61 del Anexo I, ambos del decreto 2372/01, reglamentario de la ley 12.573. Señala que las disposiciones suprimidas establecían las excepciones para la concesión de franquicias, que antes habían sido suspendidas por 180 días, lo que entiende como un nuevo agravio a sus derechos y la imposición de un “sacrificio diferenciado” en el sentido que a tal expresión le asigna la doctrina de este Tribunal. Efectúa, asimismo, una ampliación de los fundamentos de su demanda, con el examen de antecedente extranjeros y de precedentes jurisprudenciales.

III) A fs. 289/292 contesta la citación de tercero ADELCO –Asociación del Consumidor–, cuestionando el bloque normativo de referencia, por entender que produce distorsiones en el mercado, viola materias de competencia federal y se proyecta “en detrimento de la libertad del consumidor por la elección de precios, calidades y variedades en su acceso al mercado”.

IV) A fs. 394/399 contesta demanda la Provincia de Buenos Aires y solicita su rechazo por múltiples razones. Afirma que la situación descripta por la actora se ha visto desvirtuada por los acontecimientos, ya que desde el año 2003 se le han otorgado, en forma paulatina y dentro del marco establecido por la ley 12.573, veintinueve habilitaciones dentro del territorio de la provincia. Sostiene que la demanda no reúne los recaudos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que las normas cuestionadas configuran reglas claras a las que la actora se ha acogido exitosamente. Atribuye a algunos de los argumentos de la contraria el carácter de “efectistas”, aunque carentes de sustento, y estima sin asidero la afirmación de que el trámite de habilitación registra excesivas demoras. Reivindica sus atribuciones reglamentarias de la actividad y expresa que se ajusta a pautas plenamente razonables, así como las establecidas para la realización del estudio de factibilidad. Niega que exista transgresión a las normas federales de defensa de la competencia y del consumidor y advierte que, por el contrario, las normas intentan prevenir la concentración monopólica de los grandes grupos comerciales.

V) Abierta la causa a prueba y producida la que da cuenta el certificado de fs. 430, se pusieron los autos para alegar, habiendo hecho uso de ese derecho ambas partes, con lo que la causa fue remitida en vista al señor Procurador General de la Nación y a fs. 480 se dictó la providencia de autos.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que, a los fines de pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción intentada, es necesario comprobar si se han cumplido los requisitos que impone el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Cabe recordar que, de conformidad con los precedentes de esta Corte en la materia, la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un “caso”, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa. En efecto, la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes –al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal– y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379; 310:606; 311:421, entre otros).

3º) Que, en tal sentido, esta Corte ha exigido: a) que medie actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea lo suficientemente directo; c) que aquella actividad tenga concreción bastante (Fallos: 307:1379; 325:474; 328:502, 3586, entre otros).

4º) Que la demostración de que el régimen legal ha afectado los derechos de la actora y en qué medida ello ha sucedido, exige la clara exposición de los presupuestos en que se funda la procedencia de la acción y la demostración de que ellos concurren en el caso, lo que no ha acontecido en el *sub lite*, pues más allá de la entrada en vigencia de las normas que se cuestionan, la actora no ha demostrado la existencia de actividad alguna que en forma actual ponga en peligro los derechos constitucionales invocados o les infiera lesión con concreción suficiente que justifique la actuación del Poder Judicial.

5º) Que, en efecto, como lo señala el señor Procurador Fiscal en su dictamen de fs. 475/479, las demandantes han invocado la afectación de su derecho constitucional de ejercer libremente el comercio, pero no han probado la existencia de algún acto de autoridad competente –o, al menos, de un hecho administrativo– que haya limitado la ejecución de un plan de expansión de sus actividades, que dicen tener, pero que tampoco han acreditado.

La lesión que, según afirman, deriva de las nuevas exigencias en materia de habilitación y de aprobación de factibilidad, no fue demostrada y no se evidencia que se encuentre en vías de concreción, pues las demandantes no han acompañado constancia alguna que indique la obstaculización de un trámite o la frustración de un objetivo idóneo para desplegar su actividad empresarial. Antes bien, como lo destaca el señor Procurador Fiscal, es la accionada quien probó que la actora,

sujetándose a la normativa impugnada, ha obtenido la habilitación de veintinueve establecimientos en el territorio provincial.

6°) Que, por otra parte, surge de la prueba informativa producida en la causa (contestación del Ministerio de Producción de la Provincia de Buenos Aires, fs. 417) que, si bien obraban en el organismo presentaciones de la actora solicitando la inscripción en el Registro de Cadenas de Distribución para los establecimientos comerciales que se encontraban funcionando en el territorio local, no había concluido el respectivo trámite de registración, en razón de que la documentación acompañada había sido observada, sin que hasta esa fecha la actora hubiese subsanado tal circunstancia a pesar del requerimiento formulado en tal sentido. Dicho informe, que no fue objeto de controversia por parte de la demandante, lejos de demostrar la existencia de actividad administrativa obstructiva de los derechos constitucionales invocados, traduce una inacción incompatible con la dinámica empresarial supuestamente perjudicada por las normas en cuestión.

7°) Que, en tales condiciones, la peticionaria ha entendido configurada la situación de incertidumbre con la sola emisión de las normas y su confrontación con un esquema de desarrollo comercial operativo, cuya afectación resulta meramente especulativa, en tanto no se han aportado datos concretos acerca de los establecimientos que se proyectaba instalar, el ocurrente rechazo de tales propuestas, el inicio de los trámites y la demora o desestimación irrazonable o infundada, la parcialidad en la apreciación de la factibilidad y, en fin, todas las hipótesis que sólo a modo de conjetura formuló para descalificar la reglamentación referida. Tal criterio prescinde del requisito de la concreción bastante señalado precedentemente y enfatizado por el Tribunal en sus decisiones, mencionadas *supra*, por lo que los agravios constitucionales resultan meramente hipotéticos, sin que eventuales dificultades en la planificación empresarial motivadas en la mera existencia de ese plexo normativo, constituyan fundamento suficiente como para transformar en cierto y actual un gravamen que sólo se presenta como de naturaleza conjetural (Fallos: 328:3586).

8°) Que antigua y reiterada jurisprudencia del Tribunal exige que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa se ejerza frente a la existencia de un “caso” o “controversia judicial”, requisito que debe ser observado rigurosamente, para la preservación del principio de la división de poderes. El poder conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los

artículos 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere en el artículo 21 de la ley 27, es decir, aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Ello excluye, por ende, la posibilidad de admitir pretensiones como la introducida en el *sub lite*, en tanto la aplicación de las normas o de los actos de otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se exija el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 325:474; 327:1813; 328:3586).

9º) Que, bajo esa óptica, las pretensiones y argumentaciones planteadas por la actora permiten al Tribunal señalar que se excedería en mucho la función encomendada al Poder Judicial si se admitiese una demanda de esta naturaleza, sin acto de poder administrador que tenga concreción directa, actual y bastante, lo que exigiría emitir un pronunciamiento de carácter teórico por medio del cual, ineludiblemente, se juzgasen las bondades del sistema vigente y cuestionado, función que, sin los presupuestos necesarios e inevitables a que se ha hecho referencia en el considerando 31, le está vedado a esta Corte ejercer (doctrina de Fallos: 325:474).

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la presente demanda, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General de la Nación.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los resultandos de la disidencia de los jueces Petracchi y Maqueda.

1º) Se trata el caso de una demanda dirigida contra la validez de la ley 12.573 dictada por la Provincia de Buenos Aires, que tiene por objeto regular el funcionamiento de cierto tipo de locales de venta minorista, a saber, aquellos que forman parte de una “cadena de distribución”, o que puedan ser clasificados como una “gran superficie” (artículo 11). La primera de tales categorías se aplica al conjunto de locales que pertenecen a un mismo grupo económico, o han sido proyectados conjuntamente, o se hallan relacionados por elementos de utilización compartida. Son consideradas “grandes superficies” cuando el área ocupada excede los 500, 900 o 1800 metros cuadrados y la población del municipio es de hasta 50.000, entre 50.000 y 300.000, o mayor a 300.000, respectivamente (artículo 21). La instalación de locales así clasificados, está sujeta a ciertas condiciones y restricciones, en especial dos: a) una cantidad máxima de locales que las “cadenas de distribución” pueden instalar, según sea la población del municipio (artículo 41) y, b) el procedimiento que deben seguir las empresas para emplazar locales de “gran superficie” o que formen parte de una “cadena de distribución” (artículos 91 a 12).

El tipo de locales que explota la parte actora, DIA Argentina S.A., es alcanzado por el régimen que estableció la Provincia de Buenos Aires mediante la ley 12.573, motivo por el cual, en defensa de sus intereses, la referida compañía ha promovido la presente demanda.

Su primer y principal línea de ataque contra la ley provincial radica en la falta de atribuciones con que fue sancionada de acuerdo con la distribución de competencias establecida por la Constitución Nacional entre las provincias y la Nación [I]. Con ese fin, la demanda acude a dos tipos de argumentos. El primero [I.a] supone que la ley impugnada versa sobre una materia que está vedada a las legislaturas provinciales, pues forma parte de la facultad de dictar el código de comercio que, según el artículo 75.12 de la Constitución, pertenece exclusivamente al Congreso. El segundo [I.b], parte de admitir que se trata de una materia sobre la cual pueden legislar tanto la Nación como los estados locales de manera concurrente, pero que, en el caso particular de la ley 12.573, la Provincia de Buenos Aires lo ha hecho de un modo tal que interfiere o entra en colisión con las leyes que sobre el mismo tema ha dictado el Congreso (Código de Comercio, Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Defensa del Consumidor y decreto de desregulación 2284/1991).

El segundo tipo de cuestionamiento constitucional ensayado por la demandante presenta la ley provincial como una restricción irrazonable y discriminatoria de sus derechos a comerciar y ejercer industria lícita reconocidos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional [II].

Por último, menciona que se estaría ocasionando también un desconocimiento de las reglas convenidas por la República Argentina y el Reino de España en el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, ratificado por la ley 24.118, al obstaculizarse de manera injustificada y arbitraria el desarrollo de las inversiones de la firma DIA Argentina S.A., cuyo capital sería de origen español [III].

2º) En primer término, cabe señalar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte. Sin embargo, el escrito de demanda menciona diversas cuestiones, no todas las cuales han sido planteadas de modo tal que puedan dar lugar a un pronunciamiento judicial sobre el mérito de la cuestión.

Es lo que sucede en relación con las alegaciones contenidas en la demanda y que antes fueron reseñadas bajo el número II. En efecto, más allá de la mención de los derechos referidos y de los artículos respectivos de la Constitución, no alude a hechos o argumentos distintos y más concretos que los relacionados con la supuesta colisión entre la ley provincial y las atribuciones del gobierno nacional (I.a y I.b) que justifiquen y hagan posible un pronunciamiento judicial disponiendo las medidas protectoras ajustadas a los hechos lesivos que tenga por ciertos.

Por consiguiente, resulta innecesario decidir si tales puntos constituyen o no un obstáculo para que el presente caso sea fallado por esta Corte en ejercicio de su competencia originaria, es decir, determinar si se trata de una cuestión “especialmente” regida por el derecho federal (Fallos: 10:20 y 134; 306:1363, 1369); ello sin perjuicio del derecho que tiene la actora de ocurrir a las instancias competentes para poner a su consideración otras circunstancias que repunte violatorias de sus derechos y libertades económicas, así como solicitar los remedios que estime adecuados para su reparación.

3º) Corresponde, entonces, examinar si las demás cuestiones antes señaladas –números I y III–, que sí versan exclusivamente sobre el

derecho federal, tienen el nivel de concreción o madurez necesario para conformar un caso o causa contenciosa, condición indispensable para habilitar la jurisdicción de los tribunales nacionales (artículo 116 de la Constitución Nacional y artículo 21 de la ley 27), o si en cambio, se trata de un planteo puramente general o abstracto, asimilable al pedido de una opinión consultiva o a la de una demanda de derogación genérica de la ley. El criterio útil para distinguir uno y otro tipo de situaciones, se vincula con la mayor o menor conexión entre los intereses o derechos que la parte actora considera afectados y la norma o acto al que ella atribuye dicho perjuicio, en este caso, la sanción y vigencia de la ley 12.573, con independencia de cualquier acto de aplicación dirigido a DIA Argentina S.A.

Debe reconocerse que la entrada en vigencia de la ley provincial, por sí sola, ocasiona una modificación en ciertos intereses de la parte actora. La sanción de la ley, indudablemente, incrementa los costos de ciertas decisiones empresarias (artículo 11, segundo párrafo, que impone a las empresas alcanzadas la carga económica de afrontar estudios de impacto socioeconómico) y, al mismo tiempo, introduce restricciones en el nivel de producción, en este caso de servicios (artículo 41, que limita la cantidad de locales en función de la población). Ambos aspectos necesariamente tienen un efecto actual en la toma de decisiones de las empresas que, como la actora, están alcanzadas por la regulación. Por otra parte, si, como lo ha sostenido la demandante, y no ha sido negado por la demandada, el tipo de actividad comercial que despliega la primera presenta economías a escala –reducciones del costo medio a medida que aumenta el volumen de producción– entonces la sola imposibilidad de aumentar la producción se traduce, al menos, en una imposibilidad de disminuir los costos.

En este plano, también resulta relevante para decidir el punto, la precisión con que la ley provincial define el universo de sujetos alcanzados por las restricciones que introduce y el carácter directamente operativo que ellas tienen, todo lo cual hace que los efectos antes mencionados sobre los intereses de la parte actora se produzcan de manera directa y concreta con total independencia de cualquier actividad administrativa de aplicación. En Fallos: 331:1412 [2008] se trató una situación análoga que permitió a la Provincia de Entre Ríos impugnar ante esta Corte, de manera directa y sin esperar su invocación en un caso concreto, la ley nacional 25.232, la cual por su sola vigencia introducía una incertidumbre en cuanto a las atribuciones de la provincia para recaudar de los titulares dominiales el impuesto automotor.

Es indudable entonces que la mera entrada en vigor de la ley tiene ya una incidencia sobre los intereses de la parte actora y esto la habilita para proponer el examen por los tribunales de la cuestión federal concerniente al poder que tiene la provincia para dictarla, en el marco del sistema federal organizado por la Constitución Nacional, pese a que, según se dejó establecido en el considerando anterior, no suceda lo mismo con las supuestas violaciones a los derechos individuales por ella invocados.

Cabe admitir, entonces, que la parte actora se encuentra legitimada para promover, con el alcance indicado, la presente acción declarativa de certeza. Por consiguiente, corresponde a continuación examinar el argumento I, es decir, si la Provincia de Buenos Aires ha invadido las competencias del Congreso federal.

4º) Esta Corte, desde sus primeros tiempos, ha establecido que, en virtud de la reserva hecha por las provincias de todo poder no delegado por la Constitución al gobierno federal, “los actos de la Legislatura de una provincia, no pueden ser invalidados, sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, ó en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las Provincias, ó cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas; fuera de cuyos casos, es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso” (Fallos: 3:131, 136 [1865], “Mendoza, Domingo y otro c/ Provincia de San Luis”; Fallos: 137:212, “Griet”; Fallos: 239:343, “Vargas Hnos.”)

Quedó así delineado un criterio de tres niveles para examinar la compatibilidad entre normas o actos nacionales y provinciales, a saber: a) la atribución exclusiva de determinada competencia al gobierno central por la Constitución Nacional; b) la prohibición expresa de que ciertas decisiones sean tomadas por los gobiernos provinciales o c) la posible incompatibilidad en el ejercicio de atribuciones que, nominalmente, están dentro de los poderes de estos.

5º) No es acertado lo afirmado por la demandante en torno a que las disposiciones de la ley provincial 12.573 caen dentro de atribuciones exclusivas del Congreso federal, reseñado antes como argumento [I.a].

Afirmar que una ley provincial ha avanzado sobre facultades exclusivas del Congreso implica clasificar su contenido bajo alguno de

los temas que la Constitución le encomienda con exclusión de todo otro cuerpo legislativo. Tal ejercicio dista de ser una reflexión inocua, en la medida que conduce a vedar absolutamente esas cuestiones a las legislaturas provinciales y derribar las leyes que, al respecto, se hubieran dictado; se trata, entonces, de una calificación que debe ser hecha con la máxima cautela que exige el respeto a la autonomía política de las provincias.

En el caso, la parte actora ha rotulado el contenido de la ley provincial como “derecho común” y llega a esa conclusión por entender que pretendería “legislar sobre” actividades comerciales tales como las “cadenas de distribución”, “franquicias” o “tiendas de descuento” y acerca del derecho a la libertad de comercio, todo lo cual está reservado al Congreso por el artículo 75.12 de la Constitución Nacional que le encomienda, entre otros, la sanción del Código de Comercio.

En sentido contrario a lo postulado por la demandante, la circunstancia de que la reglamentación local afecte de alguna manera actividades que, en otros aspectos, están reguladas por normas de derecho común, como el Código de Comercio y la Ley Nacional de Defensa del Consumidor (sobre esta última, Fallos: 324:4349), por sí sola no pone las normas provinciales referidas a la habilitación de locales comerciales en el campo del derecho común y por lo tanto en la exclusiva órbita del Congreso Nacional. Toda actividad económica está alcanzada por una miríada de regulaciones proveniente de diversas autoridades y jurisdicciones, en especial en un estado federal que garantiza, además, la autonomía municipal y, en ese sentido lato, cada uno de los respectivos ordenamientos “legisla sobre” aspectos diversos de la producción e intercambio de bienes y servicios. Por lo tanto, si es propio de la organización del estado argentino que, según la comprensión indicada, diversas jurisdicciones “legislen sobre” un mismo tipo de actividad, entonces esa sola circunstancia no puede ser un motivo para reputar inconstitucional alguna de ellas.

A la misma conclusión cabe llegar en relación con la Ley Nacional de Defensa de la Competencia la que ni siquiera forma parte del derecho común, sino que se trata de una ley federal (Fallos: 307:2091; 316:2561; 325:1702) dictada en virtud de las atribuciones para reglar el comercio interjurisdiccional (artículo 75.13) y para promover el bienestar de la población (artículo 75.18).

Por lo expuesto, no se trata de una ley que verse sobre temas propios de la legislación nacional, sino del poder para dictar normas que regla-

mentan la habilitación de cierto tipo de locales destinados al comercio minorista –aspecto sometido a reglamentación por la ley 12.573– y que, por consiguiente, está dentro de las facultades de las provincias para establecer el modo de ejercicio de los derechos individuales en general y, en especial, para regular la práctica del comercio que se lleva a cabo dentro de su territorio (Fallos: 239:343).

6º) Más allá de que la ley 12.573 versa sobre cuestiones que están dentro de las atribuciones legislativas retenidas por las provincias, resta analizar la posibilidad de que ese poder se haya ejercitado de una manera que guarde una “repugnancia efectiva” con las leyes nacionales, cuestión que se ha señalado anteriormente como I.b.

En tal sentido, la demanda contiene la afirmación de que tal interferencia efectivamente tiene lugar, puesto que la ley provincial constituiría una violación de la Ley Nacional de Defensa de la Competencia 25.156, de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor 24.240 y del decreto 2284/1991 (fs. 220 vta./225 vta.).

Al respecto, es oportuno señalar que los criterios que esta Corte sentó en el precedente “Mendoza” para examinar la compatibilidad entre leyes nacionales y provinciales, fue recordada y desarrollada años más tarde en el precedente “Griet” (Fallos: 137:212), de 1922. El fallo estuvo relacionado con la impugnación de un impuesto provincial por interferir con la política proteccionista de la producción azucarera aprobada por el Congreso Nacional y, luego de aclarar que la mera disparidad no implica antagonismo en la aplicación de ambos preceptos, señaló que la incompatibilidad de ejercicio entre los dos poderes, el nacional y el provincial, exige que “haya una *repugnancia efectiva* entre esas facultades al ejercitarse, en cuyo caso siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema” (Fallos: 137:212, 239). Con base en esta inteligencia, el Tribunal advirtió que el examen que debía llevarse a cabo planteaba más bien cuestiones de hecho, que de interpretación legal (ídem, p. 240) y, por último, que correspondía a la parte actora la carga de probar “el punto fundamental de su demanda, esto es, que el gravamen impositivo de la ley local vulnera el régimen proteccionista creado por la ley [nacional] 8877” (ídem, p. 241). Pasó luego, el Tribunal, a una evaluación sumamente rigurosa de la prueba aportada por la demanda y concluyó que no había demostración alguna de la alegada afectación de la producción protegida por la ley nacional. Esta regla fue utilizada para respaldar

una ley de la Provincia de Mendoza, regulatoria del comercio que se desarrollaba dentro de su territorio, en el caso “Vargas Hnos.” (Fallos: 239:343 [1957]), que se afilió a la línea jurisprudencial de “Mendoza” y “Griet”.

En línea con estas pautas sentadas por la Corte al fallar “Griet”, la parte actora debió haber descripto con precisión el conflicto que según ella se verifica entre la ley 12.573 y las normas nacionales y, si fuese un conflicto de hecho, probar que, en la práctica, la aplicación de la ley provincial provoca un severo entorpecimiento de las políticas nacionales, de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia del derecho federal. Nada de eso ha sucedido en autos.

6º.a) En el marco del principio federal bajo el cual se organiza el Estado argentino y se distribuye el poder de gobernar, el ejercicio de atribuciones propias por parte de una legislatura provincial sólo puede ser tratado como la violación de una ley del Congreso, si de ésta se desprendiese el expreso propósito de limitar el ejercicio de los poderes provinciales, así como el alcance de dicha restricción. Según se explica a continuación, nada semejante se desprende de la legislación nacional en que se funda la demanda.

Dice la actora que la ley provincial funcionaría como una barrera para la entrada de nuevos participantes en el mercado, lo cual violaría la Ley de Defensa de la Competencia y también que de esa manera perjudicaría la mejora en los precios y calidades de los productos, aspecto que violaría la Ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo, el argumento no es acertado. Las barreras de entrada al mercado y su efecto sobre los precios son elementos tomados en cuenta por las leyes nacionales para detectar prácticas de los participantes en el mercado, oferentes o demandante de bienes y servicios, privados o estatales, pero no para contrarrestar las medidas que toma el gobierno en su condición de regulador de las actividades económicas.

Esto se ve corroborado por el texto del artículo 11 de la Ley Nacional de Defensa de la Competencia que restringe su alcance a los actos “relacionados con la producción y el intercambio”, no a los actos de gobierno, como lo son las leyes. En el mismo sentido, el artículo 31 dispone que se encuentran sometidas a la ley “las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro *que realicen ac-*

tividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional”. Resulta sumamente forzado entender que la actividad legislativa del Estado pueda estar comprendida dentro de las “actividades económicas” a que se refiere la ley.

6º.b) Más allá del déficit señalado en que incurrió la parte actora a la hora de describir el conflicto entre las leyes nacionales y la vigente en la Provincia de Buenos Aires, tampoco ha *probado* que, en los hechos, la aplicación de la segunda se traduzca inevitablemente en una repugnancia efectiva con la ejecución de las políticas emprendidas por el gobierno federal.

En lo concerniente a la defensa de la competencia, cuadra señalar que la ley provincial no apunta a eliminar competidores o incrementar el poder de mercado de algunos participantes, sino, por el contrario, a evitar que la provisión minorista de bienes quede concentrada en pocos locales de la clase que explota la firma actora. Es cierto que la concentración económica y el aumento de poder de mercado no son siempre condenados por la política nacional de defensa de la competencia; en especial no es así cuando la concentración se traduce en un aumento de eficiencia productiva que compensa la pérdida de ella por mayor poder de mercado y, por lo tanto, no se traduce en aumento de precios. Sin embargo, más allá de las declaraciones contenidas en el escrito, la parte actora no ha demostrado que se encuentra en condiciones de sostener el nivel de precios una vez desaparecida la competencia de los pequeños comerciantes, mucho menos que su predominio se traduzca en efectivas ganancias de eficiencia y no en una mera traslación de costos hacia los proveedores o el salario de los trabajadores gracias a su mayor poder de negociación (“Lineamientos para el control de las concentraciones económicas” resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, Capítulo VI. b).

Una respuesta similar corresponde dar a la idea sugerida en la demanda de que la ley provincial vendría a interferir con el régimen de defensa del consumidor “en la medida que tiende a restringir la oferta, privando a los consumidores del beneficioso efecto que sobre los precios y la calidad tiene la vigencia de un régimen de garantía de la sana competencia” (fs. 223/224).

Esta consideración, por sí sola, no se hace cargo de que la ley provincial establece específicamente como uno de los elementos de juicio que deben ser tomados en cuenta, el interés del consumidor y así lo exige el informe de impacto socioeconómico (artículo 10, apartado B, de la ley 12.573.) Pero, además de su carácter hipotético, el argumento del efecto sobre los precios apela a un criterio excesivamente amplio. Todas las acciones del gobierno –legislativas, judiciales o administrativas– podrían ser examinadas en función de su impacto sobre el nivel de precios, puesto que influirán directa o indirectamente sobre el gasto público y privado, pero, como es obvio, ese criterio no es el que la Constitución y las leyes designan como relevante y mucho menos decisivo para la toma de las decisiones públicas en todo el variadísimo espectro de las incumbencias gubernamentales. Por lo tanto, si una gran parte de las acciones de gobierno deben ser emprendidas con independencia de su efecto sobre el nivel de precios, un criterio fundado en este dato no tiene, por sí solo, precisión suficiente para distinguir cuáles de ellas son válidas y cuáles no.

Por lo demás, ningún otro señalamiento ha propuesto la actora sobre el modo en que la ley provincial vendría a perjudicar los mecanismos creados por la Ley de Defensa del Consumidor en cada uno de sus capítulos con el fin de proteger el interés de éste último en la relación de consumo, a saber: acceso a la información (capítulo II); condiciones en que debe llevarse a cabo la oferta y la venta (capítulo III); garantías y servicios posteriores a la venta (capítulo IV); condiciones en que deben llevarse a cabo la contratación y prestación de servicios en general (capítulo V), domiciliarios (capítulo VI); requisitos para las ventas fuera del establecimiento o por correspondencia (capítulo VII) o las operaciones a crédito (capítulo VIII) o las pautas a que debe atenerse la interpretación de cláusulas contractuales (capítulo IX).

6°.c) En tercer lugar, la parte actora ha recurrido al artículo 11 del decreto 2284/1991, como apoyo para su argumento de que el gobierno nacional mantiene una política de desregulación económica que se vería entorpecida por las disposiciones de la ley provincial, especialmente en cuanto establece un máximo de grandes establecimientos o de tiendas de descuento por ciudad. Y esta vez, a diferencia de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Defensa del Consumidor, se trata sí de un programa que tiene como objetivo disminuir la cantidad de regulaciones que traban el comercio de bienes y servi-

cios; está compuesto por un conjunto de normas que dejan sin efecto o modifican sustancialmente regímenes nacionales que, hacia 1991, establecían regulaciones sobre determinadas actividades económicas. La única norma general es la contenida en su artículo 11, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 1º – Déjense sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios en todo el territorio nacional, las limitaciones a la información de los consumidores o usuarios de servicios sobre precios, calidades técnicas o comerciales y otros aspectos relevantes relativos a bienes o servicios que se comercialicen, y todas las otras restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y de la demanda.

“Quedan excluidas del alcance del presente artículo únicamente aquellas actividades que, a juicio de la autoridad de aplicación, se vinculen directamente con la defensa nacional, la seguridad interior o la provisión de servicios públicos que constituyan monopolios naturales o jurídicos, regulados estos últimos por leyes específicas”.

De acuerdo con el argumento presentado por la demandante, la ley dictada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en el año 2003 entraría en conflicto con esta disposición que “opera ex post como derogación y ex ante como prohibición” (fs. 224).

Sin embargo, una interpretación semejante del decreto 2284 es completamente incompatible con la amplitud de las atribuciones que las legislaturas provinciales se reservaron para promover el bienestar de sus poblaciones y con la consiguiente proscripción de cualquier interpretación extensiva de aquellas normas que introduzcan límites a dicho poder provincial. El principio federal, cabe reiterar, exige que toda decisión del gobierno federal –sea del Congreso y más aún si proviene del Presidente–, que tenga por fin excluir alguna materia que, de acuerdo con la Constitución Nacional, ha sido reservada por las provincias para su propia legislación debe resultar de una disposición expresa y clara y su aplicación no puede extenderse a otros supuestos no mencionados.

Pero la pretendida prohibición prospectiva no sólo está ausente del texto expreso de la norma, sino que también resulta refutada por la *falta de precisiones* que permitan detectar cuáles serían las regula-

ciones que en lo sucesivo quedarían prohibidas y por los términos en que fueron redactados los fundamentos que preceden a la parte resolutive del decreto. Sobre la indefinición señalada en primer término, debe recordarse que la administración nacional se vio en la necesidad de dictar una serie de disposiciones declarando que determinadas regulaciones se encontraban [o no] alcanzadas por el artículo 1° del decreto 2284, lo que es revelador de la vaguedad con que está escrito dicho precepto (decretos 1143/1996, artículo 1°, y 240/1999, artículos 1° y 2° y resoluciones del Ministerio de Economía 102/1995, artículo 1°; 618/1997, artículo 1°; 1221/1997, artículo 1° y 416/1999, artículo 1°). Además, entre las consideraciones que se hicieron como fundamento del decreto 2284, pueden encontrarse repetidas alusiones a las medidas que, respecto de las regulaciones entonces vigentes, era preciso tomar para enfrentar la crisis que por entonces atravesaba el país, lo cual pone en contexto el alcance circunscripto que ellas tenían. Esta apreciación queda corroborada en los siguientes pasajes que vale la pena reproducir literalmente:

“Que en tal sentido el *Gobierno Nacional* busca, a través de las medidas adoptadas por el presente Decreto, atenuar los efectos de la situación de emergencia sobre las categorías sociales más desfavorecidas, profundizando la libertad de mercados con el objeto de afianzar la estabilización de los precios y provocar la disminución de aquéllos artificialmente elevados por efecto de regulaciones o monopolios legales que provocan falta de competencia y de transparencia en muchos mercados.”

[...]

Que resulta imprescindible advertir que la estabilidad y crecimiento que se hicieron más perceptibles a partir de la sanción de la Ley N° 23.928, imponen con urgencia la necesidad de eliminar mediante una norma de sanción única y aplicación simultánea, las regulaciones que hoy pierden virtualidad económica e impiden una fluida circulación de bienes y servicios.

Que muchas de las regulaciones *hoy vigentes* fueron sancionadas mediante decretos-leyes, emitidos durante los períodos en que la República tuvo gobiernos de facto, y en todos los casos se trata de restricciones más o menos rigurosas al ejercicio por parte de los habitantes de la Nación de sus libertades económicas.

Que los logros obtenidos en el campo económico deben consolidarse mediante la *eliminación de la mayor cantidad de restricciones hoy existentes*.

Que si bien en algunos casos dichas restricciones fueron impuestas por normas cuyo dictado corresponde al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION –aunque en la mayoría esas competencias eran ejercidas por Ejecutivos de facto–, *el Poder Ejecutivo, está legitimado para removerlas cuando, como ocurre actualmente, su mantenimiento afecta la más pronta superación de la situación de emergencia, declarada por las Leyes N° 23.696 y 23.697*”. [Énfasis añadidos].

Por lo tanto, sea por virtud del texto de su parte dispositiva, sea en atención a sus fundamentaciones, es preciso concluir que el decreto 2284/1991 tuvo por objeto la derogación de regulaciones vigentes al momento de su dictado –como herramienta contra la situación de emergencia entonces imperante– y que no estableció nada semejante a una prohibición general dirigida a las legislaturas provinciales a fin de impedirles dictar leyes relacionadas con las actividades comerciales que tienen lugar dentro del propio territorio.

7º) Por último, en relación con la posible trasgresión de compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, debe responderse que la ley provincial no distingue entre empresas de capital nacional y extranjero, lo cual, en el plano de su contenido explícito, resta todo sostén a las acusaciones de discriminación u obstaculización injustificada, fundadas en el artículo III del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Por otra parte, este instrumento no da derechos diferenciales, ni inmunidades a favor de las inversiones españolas en relación con las leyes generales dictadas por el Congreso federal y por las legislaturas provinciales. En todo caso, constituye una barrera contra decisiones que seleccionen esos sujetos para otorgarles un trato más perjudicial que el recibido por la generalidad, pero una cláusula antidiscriminatoria como la contenida en el referido Acuerdo no se traduce automáticamente en una cláusula de preferencia o privilegio.

Por todo lo expuesto, se rechaza la demanda. Con costas (artículo 68 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General de la Nación.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Resulta:

I) A fs. 194/228 Día Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentos S.A. (Sociedad Española) promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley local 12.573, su decreto reglamentario 2372/2001, y sus normas concordantes y complementarias, lo que incluye el decreto 124/2003. La actora alega que la provincia excedió los límites constitucionales de su competencia en violación a lo establecido por los artículos 31, 42, 75, incisos 12, 18 y 19, y 126 de la Constitución Nacional. Señala que las normas impugnadas también conculcan los derechos constitucionales de libertad de comercio (artículo 14), igualdad (artículo 16) y propiedad (artículo 17), así como los derechos adquiridos por la actora al amparo de los tratados y acuerdos celebrados entre la República Argentina y el Reino de España (aprobados por las leyes nacionales 23.670, 24.739 y 24.118).

Manifiesta que Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. es una empresa española dedicada hace 37 años a la explotación en el mercado europeo del negocio del Supermercado Barrial de Precios Bajos, también llamado Tienda de Descuento. Relata que este formato fue desarrollado en la Argentina por Día Argentina S.A., cuyo principal accionista es Día España y que, a su vez, ambas sociedades forman parte del grupo económico Promodes-Carrefour. Explica que el formato comercial de Tiendas de Descuento consiste en ofrecer un lugar de compras de proximidad (clientes que van a comprar a pie y que compran todos los días) y bajos precios, en locales cuyas superficies oscilan entre 250 y 400 metros cuadrados (como un autoservicio). Señala que la empresa elige para su localización centros comerciales consolidados y centros barriales próximos a núcleos habitacionales importantes, así como barrios de clase media y clase media baja, lo que le permite ingresar en zonas en las que los supermercados no han podido acceder. Asimismo explica que para lograr bajos precios (mejoras de más del 20% con relación a otros comercios), la empresa concentra el poder de compra en un número limitado de marcas y productos.

Destaca que, en este contexto, Día España ha realizado inversiones del orden de los ciento veinticinco millones quinientos mil dólares

(U\$ 125.500.000) y que, entre los años 1997 y 2001, se abrieron 233 locales en la Argentina. Aduce que a la fecha de su instalación en el país, la legislación favorecía las inversiones extranjeras, por lo que la empresa realizó un ambicioso plan de expansión.

Afirma que debido a la presión ejercida por las cámaras representantes del comercio minorista a nivel provincial la Provincia de Buenos Aires dictó la ley 12.573 que, según alega, establece límites inconstitucionales al derecho de ejercer industria lícita de los “grandes establecimientos comerciales” y las “cadenas de distribución”. Explica que, a partir del dictado de esta ley y sus normas reglamentarias, su empresa no podrá abrir más que un número limitado de tiendas, por ser éstas consideradas “cadenas de distribución”. Detalla que su empresa sólo podrá instalar un local en poblaciones de hasta 150 mil habitantes, dos locales en poblaciones de hasta 300 mil habitantes, y tres locales en poblaciones de más de 300 mil habitantes. Agrega que, además, se le imponen otras restricciones que también considera irrazonables, tales como la exigencia de un estudio de impacto socioeconómico y ambiental a cargo de una Universidad Nacional, cuyo costo está a cargo del peticionante.

Afirma que estas restricciones alteran en forma sustancial las condiciones en las que la empresa diseñó su plan de expansión en la Argentina. Señala que, dentro de su plan de expansión estratégica, la Provincia de Buenos Aires ocupa un lugar privilegiado debido a sus condiciones geográficas y demográficas. Explica que el negocio no llegó a alcanzar su “masa crítica”, esto es, el volumen mínimo indispensable para que las inversiones realizadas permitieran –en razón de los bajos precios– una rentabilidad “de escala”, es decir, asociada a la venta de grandes volúmenes de mercadería. Concluye que las normas impugnadas impiden llevar a cabo su plan de expansión original, y esto pone en peligro su existencia como empresa rentable. Detalla los diversos perjuicios que las normas le ocasionan, entre los cuales resalta la inversión efectuada en el área de expansión, el despido de personal, la dificultad para suscribir contratos de locación para instalar sus locales debido a la eventualidad de no obtener el certificado de habilitación provincial, y la afectación del valor de mercado de la empresa. Finalmente, destaca que el dictado del decreto 124/03 agravó los perjuicios a la empresa en tanto dispuso la suspensión (por el término de 180 días) de la excepción que la ley 12.573 otorgaba a las franquicias de cadenas de descuento y, con ello, le cerró la única vía por la que la actora podía seguir adelante con su plan de expansión en la provincia.

Aduce que la ley ha excedido los límites constitucionales de su competencia porque, por un lado, regula cuestiones de derecho común (relativas a figuras atípicas del comercio, como son las cadenas de distribución y las franquicias), que corresponden a la Nación en razón de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución, y, por otra parte, legisla sobre asuntos relativos a la protección de los consumidores, sus intereses económicos, su libertad de elección y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, que son cuestiones expresamente reservadas al Congreso, conforme lo previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de lo expuesto, alega que la legislación provincial interfiere con los fines perseguidos por el Estado Nacional en las leyes 24.240 y 25.156, de defensa del consumidor y de defensa de la competencia, ambas de naturaleza federal. Explica que, además de perjudicar a las empresas como la de la actora, las normas que impugna afectan el interés económico general y los derechos de los consumidores, que se ven privados de los beneficios que la libre competencia aporta en cuanto a calidad y precios.

También sostiene que el régimen impugnado importa una abierta violación de los compromisos asumidos por la Provincia de Buenos Aires al ratificar, mediante la ley local 11.463, el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento que, por tratarse de un convenio entre la Nación y las provincias, no puede ser derogado unilateralmente por el dictado de una ley local posterior. Concretamente, explica que en el Pacto la provincia se obligó, entre otros compromisos, a “dejar sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios y las intervenciones en diversos mercados, en particular: adhiriendo al decreto 2284/91 en lo que resulte de aplicación provincial... y liberando el sector comercial (libre instalación de farmacias, derogación del monopolio de mercados mayoristas, horarios comerciales, etc.)” (punto primero, apartado 10).

Asimismo, considera que la regulación en cuestión afecta los derechos de Día España S.A., principal accionista de Día Argentina S.A., amparados por las disposiciones del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre la Argentina y el Reino de España (ratificado por ley 24.118). Concretamente, entiende que se ha violado el artículo 2° del Acuerdo, en cuanto dispone que los firmantes promoverán, en la medida de lo posible y de conformidad con sus disposiciones legales, las inversiones efectuadas en su territorio por

inversores de la otra parte; así como el artículo 3º, inciso 11, en tanto garantiza que cada parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas por la otra parte “y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones”.

Finalmente, la actora ataca la legislación provincial por irrazonable y violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Por un lado, sostiene que importa una reglamentación desproporcionada del derecho constitucional de ejercer toda industria lícita. Considera que la finalidad de beneficiar a un sector minoritario de la economía local no justifica la magnitud de las restricciones ni las consecuencias negativas sobre el interés económico general y los derechos de los consumidores. Destaca que el hecho de que la actora no podrá instalar más de tres locales en La Plata, La Matanza, Lomas de Zamora y Mar del Plata demuestra que la limitación es manifiestamente irrazonable y pretende beneficiar al comercio ya instalado, mediante la creación de un mercado cautivo artificial. Alega que, por otra parte, las disposiciones que regulan el estudio de impacto socioeconómico y ambiental están diseñadas como una especie de “prueba diabólica” que hace muy dificultosa la obtención del certificado de factibilidad, en especial, si se tiene en cuenta que en el trámite se debe dar intervención a organismos integrados por representantes de los comerciantes locales ya instalados, beneficiarios en última instancia de la ley impugnada. Por otra parte, aduce que la norma resulta discriminatoria ya que sujeta a su empresa (que sólo instala locales de un máximo de 400 metros cuadrados) a las mismas restricciones que a las grandes superficies comerciales, sólo por el hecho de pertenecer a un grupo económico o cadena. Señala, por ejemplo, que en ciudades como Olavarría o San Nicolás (de hasta 150.000 habitantes) la actora sólo podrá abrir un local, pero cualquier otro comerciante que no pertenezca a una cadena podrá instalar locales de similares características a los que pretende instalar la actora, sin límite numérico alguno y sin siquiera solicitar un certificado de factibilidad provincial. Entiende que esta desigual regulación no obedece a ninguna causal objetiva y, por ende, resulta arbitraria e inconstitucional.

Sobre la base de lo expuesto, la actora solicita que se declare la inconstitucionalidad de las normas que impugna y pide que se cite,

en calidad de terceros, a las asociaciones de consumidores ADECUA y ADELCO.

II) A fs. 247/261 vta. la actora amplía demanda con el objeto de que se declare también la inconstitucionalidad del decreto 1363/03, por el cual se dispuso la supresión del número 111 del listado del Anexo II, así como el artículo 6° del Anexo I, ambos del decreto 2371/01, reglamentario de la ley 12.573. Señala que las disposiciones suprimidas, cuya suspensión por 180 días había sido dispuesta por el decreto 124/03, establecían las únicas excepciones al régimen de la ley 12.573 que permitían continuar abriendo locales bajo la forma de franquicias. Explica, asimismo, que el sometimiento de las franquicias al régimen de la ley resulta especialmente irrazonable si se tiene en cuenta que la finalidad de la norma es proteger al comercio minorista. Destaca que las franquicias “son instrumentos muy positivos que permiten la reactivación del comercio minorista”.

III) A fs. 289/292 vta. contesta la citación de tercero ADELCO –Asociación del Consumidor–. Alega que la ley 12.573 y sus normas reglamentarias no sólo invaden materias cuya legislación corresponde al Congreso Nacional, sino que también implican una distorsión en el mercado en detrimento de los derechos del consumidor protegidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional, entre los cuales destaca la libertad de elección de precios, calidades y variedades. Agrega que este mandato constitucional fue plasmado en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y en la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, cuyo fin último es garantizar las ventajas que la libre concurrencia aporta a los consumidores.

IV) A fs. 394/399 contesta demanda la Provincia de Buenos Aires y solicita su rechazo. Alega que los argumentos de la actora fueron desvirtuados por lo ocurrido con posterioridad a la interposición de la demanda, porque quedó demostrado que las normas que impugna no le causaron perjuicio alguno. En este sentido, señala que, a partir de mediados de 2003, se otorgaron 29 (veintinueve) habilitaciones para la apertura de Supermercados Día en diversos puntos de la provincia, todo de conformidad con las previsiones de la ley 12.573 y sus normas reglamentarias. Asimismo, considera que la demanda no satisface los requisitos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la procedencia de una acción declarativa ya que las normas impugnadas son claras y no existe ninguna incertidumbre para despejar.

Sin perjuicio de lo expuesto, la provincia contesta los argumentos de fondo de la demanda. Destaca que el derecho para ejercer toda industria lícita no es absoluto y que la Constitución autoriza su reglamentación, siempre y cuando sea razonable. Niega que las normas impugnadas se contrapongan con las leyes nacionales de defensa de la competencia y defensa del consumidor. Por un lado, con respecto a la ley 25.156 de defensa de la competencia, señala que “el Estado bonaerense colabora en el esfuerzo por evitar actividades monopólicas” del Estado Nacional ya que la ley 25.156 “ve con desconfianza la posición dominante en el mercado y las concentraciones y fusiones”, características ambas que atribuye a la empresa actora. Por otra parte, sostiene que no es cierto que la apertura de tiendas de descuento importe un claro beneficio para los consumidores y cita como fundamento los informes de entidades de consumidores de la Provincia de Buenos Aires que acompaña.

V) Abierta la causa a prueba, producida la que da cuenta el certificado de fs. 430 y presentados los alegatos de ambas partes, la causa fue remitida en vista al señor Procurador General de la Nación y a fs. 480 se dictó la providencia de autos para sentencia.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y Fallos: 311:810, entre muchos otros), de conformidad con las consideraciones y conclusiones expresadas por el señor Procurador General a fs. 230/231 vta., a las que corresponde remitir en razón de brevedad.

2º) Que, en primer lugar, corresponde evaluar si la acción resulta admisible, para lo cual es necesario determinar si se configura un “caso” en los términos de los precedentes de esta Corte en la materia, y si el planteo de la actora encuadra en el supuesto contemplado por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Al respecto, este Tribunal tiene dicho que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y tenga por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes –al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal– constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 307:1379; 310:606; 311:421, entre muchos otros).

En tal sentido, en anteriores oportunidades esta Corte, al igual que, en algún caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para considerar configurado un caso que pueda ser resuelto por el Poder Judicial de la Nación, ha exigido: a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; c) que aquella actividad tenga concreción bastante (Fallos: 307:1379).

3º) Que dichos requisitos se encuentran acreditados en el presente caso porque la actora demostró la existencia de actividad de la Provincia de Buenos Aires que, con suficiente grado de concreción, limita en forma directa los derechos que invoca como fundamento de su demanda.

En efecto, en el expediente está acreditado que para obtener la habilitación de sus locales, la provincia le exigió a la actora la concurrencia de los requisitos impugnados en esta acción judicial, lo que incluye —entre otros recaudos— la evaluación de impacto socioeconómico y ambiental y el dictamen de la Comisión Asesora previsto en el artículo 12 de la ley 12.573 y de su decreto reglamentario 2372/01 (ver fs. 146/193, 351/352 y 377/379 del expediente. Ver, en particular, fs. 378/379 donde consta un dictamen no favorable respecto de la instalación de un supermercado de Día Argentina en la localidad de Pergamino). Asimismo, cabe resaltar que a fs. 129/144 la actora acompañó quince facturas —cuyos montos oscilan entre 6.200 y 19.500 pesos— emitidas por la Universidad Nacional de San Martín, por la realización de los estudios de medición de impacto socioeconómico exigidos por la ley 12.573.

En este punto, parece necesario aclarar que, para demostrar su interés actual y concreto en esta acción, la actora no necesita acreditar que se le haya denegado algún certificado de factibilidad, tal como parece sugerirlo la provincia. En efecto, si se le otorgaron los certificados de factibilidad fue porque, hasta el momento, la actora cumplió con los requisitos que legalmente se le exigieron. Pero la finalidad de esta acción es, precisamente, que la empresa pueda obtener la habilitación de sus locales sin tener que cumplir con esos recaudos, que tilda de inconstitucionales e irrazonables.

4º) Que, en tales condiciones, y teniendo en cuenta que la actora ha acreditado la existencia de un interés actual y concreto en impugnar las normas que denuncia como inconstitucionales, la vía de la acción declarativa regulada por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta admisible.

5º) Que, sentado lo expuesto, corresponde tratar la cuestión de fondo, lo que implica determinar la constitucionalidad de las normas provinciales impugnadas.

En este punto, cabe señalar que asiste razón a la actora en cuanto alega que la Provincia de Buenos Aires excedió sus facultades constitucionales, al legislar cuestiones relativas a la defensa de la competencia, cuya regulación corresponde en forma excluyente al Congreso Nacional.

Esta Corte tiene dicho que la regulación de la defensa de la competencia corresponde al Estado Nacional, en razón de su directa relación con el comercio, el libre tránsito y la transacción de bienes y servicios, la prosperidad general y el bienestar del país, potestades todas... de índole nacional, sobre las que, se advierte, viene a apoyarse naturalmente esa legislación (Fallos: 324:3381 y sus citas, artículos 42, 75, incisos 13 y 18, y concordantes de la Constitución Nacional). Y, es por ello, que el Congreso de la Nación puede legislar en esta materia de una manera tan completa como podría serlo en un país de régimen unitario; inclusive, sobre aspectos de las actividades interiores de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el comercio interprovincial y exterior, o perturbar el bienestar general en el orden nacional, en ejercicio de la facultad que le asiste para arreglar aquéllas y fomentar a éste, y en la medida en que, a tales fines, fuese necesario (confr. Fallos: 154:104, 178:9, 319:998, 324:3381, entre muchos otros).

De conformidad con los principios expuestos, al dictar la ley 25.156, el Congreso ejerció válidamente sus facultades constitucionales y diseñó un esquema de alcance nacional (ver artículos 31 y 17), teniendo en cuenta que las cuestiones relativas a la defensa de la competencia hacen al interés económico general de toda la República y, frecuentemente, requieren regular y controlar aspectos que exceden los límites geográficos provinciales o tienen un impacto directo en el comercio interprovincial (ver, en este sentido, resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en particular en lo que respecta a la definición de los mercados relevantes para determinar si las operaciones de concentración afectan el interés económico general. Ver también Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia N° 306, del 24 de enero de 2002, The Home Depot Argentina S.R.L. e Hipermercados Jumbo S.A., en especial puntos 38, 39 y 57. Asimismo, ver dictamen 49 del 28 de abril de 2000 – Carrefour, Grupo PROMODES y Supermercados Norte, punto 111).

6º) Que, sentado que la legislación de la defensa de la competencia es una facultad exclusiva del Estado Nacional, resulta decisivo determinar si las normas locales impugnadas importan una regulación de la misma materia, ya que, en ese caso, correspondería invalidar el régimen provincial por ser violatorio del esquema de distribución de competencias previsto en la Constitución Nacional, así como del principio de supremacía federal consagrado en su artículo 31 (artículos 42, 75, incisos 13 y 18 y Fallos: 312:1437 y 321:1074, entre otros).

A tales efectos, cabe recordar que la legislación en materia de defensa de la competencia persigue preservar a los distintos mercados como a verdaderos bienes de carácter público, de modo de garantizar a la comunidad los beneficios que pueda traer aparejados la puja competitiva (Fallos: 324:3382). Y, con ese propósito, la ley nacional 25.156 previó dos tipos de herramientas: por un lado, una política de control de conductas –que castiga las prácticas anticompetitivas–; y, por otro, un sistema de control previo de concentraciones económicas, dirigido a prevenir la formación de estructuras de mercado que perjudiquen el interés económico general.

Es importante destacar –en lo que al caso interesa–, que la ley 25.156 parte de la base de que no todas las concentraciones económicas tienen, *per se*, efectos anticompetitivos y, por lo tanto, no siempre implican un perjuicio para el interés económico general. Por el contrario, algunas concentraciones económicas pueden tener efectos positivos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una concentración que no aumenta significativamente el poder de mercado de una firma, genera ganancias de eficiencia que resultan en precios más bajos para los consumidores. En esos supuestos, si se prohibiera la concentración, se afectaría el interés económico general, porque se impediría que los consumidores se beneficien con precios menores a los vigentes (ver en este sentido, resolución 164/2001 citada, anexo I, introducción y punto VI: “Ganancias de Eficiencia Productiva Generadas por la Concentración”).

Teniendo en cuenta el criterio explicado, la ley 25.156 no prohíbe ni pone límites a las concentraciones económicas, por el mero hecho de serlo; sino que adopta un sistema de controles previos que consiste, básicamente, en un mecanismo de notificación obligatoria de ciertas operaciones de concentración y la decisión, caso por caso, respecto a si la operación afecta el interés económico general (ver artículos 6, 7 y 8, ley 25.156).

7º) Que, por su parte, la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires impone limitaciones para instalarse en su territorio a “los establecimientos comerciales que conformen una cadena de distribución en los rubros de comercialización, elaboración y venta de productos alimenticios; indumentaria; artefactos electrodomésticos; materiales, herramientas y accesorios para la construcción y los que la reglamentación considere” (artículo 11). Y, a tal fin, considera cadena de distribución a “aquellos establecimientos de ventas minoristas o cadenas mayoristas que realicen ventas minoristas que constituyan o pertenezcan a un mismo grupo económico y/o que estén conformados por un conjunto de locales de venta, situados o no en un mismo recinto comercial, que han sido proyectados conjuntamente o que estén relacionados por elementos comunes cuya utilización comparten y en los que ejercen las respectivas actividades de forma empresarialmente independiente” (artículo 2º).

Concretamente, en casos de modificación, ampliación y/o instalación de establecimientos comerciales, la provincia exige a las empresas mencionadas –entre las que queda incluida la actora– un certificado de factibilidad, para cuya obtención se requiere un análisis del impacto socioeconómico y ambiental, realizado por una Universidad Nacional. Este estudio, según la ley, debe incluir la valoración –entre otras circunstancias– del impacto sobre “los efectos sobre los hábitos de consumo y las necesidades de compra, la influencia sobre los niveles de precios y de prestación de servicios al consumidor de la zona, la previsible repercusión del establecimiento proyectado sobre la competitividad de las estructuras comerciales de la zona, evaluando entre otros aspectos, la futura viabilidad de los equipamientos comerciales existentes y la mejora, cualitativa y cuantitativa, que supondrá para los mismos” (artículo 10, ley 12.573).

Asimismo, la ley impone otra restricción a las empresas que son consideradas cadenas de distribución, ya que establece que sólo se podrá instalar un número máximo de locales, según la población total del municipio en que se solicite la factibilidad (artículo 4º).

A partir de lo expuesto, resulta claro que las normas provinciales establecen limitaciones a las empresas por la única razón de pertenecer a un grupo económico o cadena (esto es, sobre la base de su grado de concentración económica), y con la finalidad de controlar el impacto que su instalación puede tener sobre el mercado.

Refuerzan esta conclusión las afirmaciones de los debates parlamentarios de la ley 12.573, en el sentido de que esta legislación servirá “para crear mejores condiciones de competitividad y adecuadas normas de comercialización que eliminen asimetrías y desventajas competitivas para el comercio minorista tradicional”. Y que “con este nuevo instrumento nos estamos anticipando a la profundización del fenómeno de concentración comercial en el área de materiales y herramientas para la construcción. Este hecho es muy importante, porque a pesar de no haber llegado a tiempo respecto de la concentración comercial en materia de alimentos, electrodomésticos e indumentaria, con este instrumento estamos sentando el precedente para evitar futuras concentraciones y esperamos que sea a corto plazo” (ver Senado de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 21 de diciembre de 2000, segunda sesión extraordinaria, intervención del Senador Lamacchia, página 3384; y Cámara de Diputados de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 6 de diciembre de 2000, primera sesión extraordinaria, intervención de los Diputados López y Guerrieri, en especial páginas 8334/8335 y 8339).

Finalmente, lo expuesto queda corroborado, tanto por los dichos de la provincia en el sentido de que “el Estado bonaerense colabora en el esfuerzo por evitar actividades monopólicas” (ver fs. 396/398), como por las pruebas obrantes en el expediente. Al respecto, cabe destacar que el Informe del Instituto de Consumidores y Usuarios (realizado en cumplimiento de lo previsto en el artículo 12 de la ley 12.573, como parte del trámite de solicitud del certificado de factibilidad), dictamina en forma desfavorable sobre la instalación de un Supermercado DIA en la localidad de Pergamino, porque considera que “la concentración económica, cuyo control se intenta prever, luce en apariencias ciertas ventajas inmediatas, pero en el largo plazo produce efectos depresivos en la actividad de la Comunidad... cada supermercado que se instala produce automáticamente la desaparición de los comercios minoristas de la zona de influencia, por la simple razón de que no pueden competir con los precios de la gran empresa o cadena de distribución... No consta del expediente si la apertura del local también se produciría los fines de semana. De ser así, los demás comerciantes se encontrarían en desventaja, al sentirse obligados irremediabilmente a abrir sus puertas” (fs. 378/379 del expediente).

8º) Que, a partir de lo expuesto, resulta evidente que las normas provinciales tienen como finalidad evitar y limitar el fenómeno de con-

centración económica en el rubro de supermercados e hipermercados. Y que, por lo tanto, la Provincia de Buenos Aires legisló en una materia cuya regulación corresponde en forma exclusiva al Estado Federal, y así conculcó el esquema de distribución de competencias previsto en la Constitución Nacional.

9º) Que la intromisión de la provincia en materias cuya regulación corresponde a la Nación en forma exclusiva resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las normas en juego.

Sin embargo, resulta decisivo destacar que –aún en la hipótesis de que la provincia hubiera ejercido facultades concurrentes– el régimen provincial impugnado no podría coexistir con el régimen nacional de defensa de la competencia.

Ello es así, porque la Provincia de Buenos Aires ha diseñado un sistema diferente al nacional, tanto en cuanto a los medios utilizados como a la finalidad perseguida. Y este sistema interfiere y dificulta el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso al dictar la ley 25.156, que debe prevalecer en virtud del principio de supremacía federal previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

De la lectura de la ley 12.573 resulta claro que la norma juzga como negativa cualquier tipo de concentración económica y, por eso, pone restricciones de acceso al mercado a toda empresa que forme parte de un grupo o cadena, sin distinción.

En efecto, del debate parlamentario de la ley 12.573 surge que la intención legislativa fue crear un control de concentraciones económicas per se, porque la provincia consideró que la ley 25.156 no había sido suficiente para evitar la situación actual en la que “el comercio minorista se ha visto obligado a competir en muy poco tiempo con los mejores competidores del mundo y en clara inferioridad de condiciones... Con la falta de una ley nacional en la materia veamos con quiénes se obligó a competir al pequeño y mediano comerciante. Así, por ejemplo, una empresa que actualmente opera en 16 países –Europa, América Latina y Asia– con 324 tiendas, actúa sobre la base de tres aspectos claves: toda la compra en un solo lugar, amplios estacionamientos sin cobro adicional y estrategias de descuentos en los precios... En nuestro país, con la fusión de las cadenas de hipermercados, se consolidó un grupo económico de concentración minorista que controla el 30 por ciento

del mercado nacional... Regular la instalación de grandes superficies comerciales, hasta 2500 metros cuadrados, fue un limitante importante en la apetencia de estos grupos económicos por seguir consolidándose en el mercado bonaerense. Ante esto, traen al país una nueva forma, [comercios de pequeñas superficies, no más de 300 metros cuadrados denominadas]... tiendas denominadas *hard discount*, descuentos fuertes y duros, con el único objetivo de seguir utilizando un vacío legal” (ver Cámara de Diputados de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 6 de diciembre de 2000, primera sesión extraordinaria, intervención del Diputado López, páginas 8334/8335).

Ahora bien, el criterio respecto de las concentraciones económicas sobre el cual la provincia fundó su regulación, interfiere sustancialmente con la aplicación de la ley 25.156.

En primer lugar, porque las limitaciones a ciertas concentraciones pueden generar un perjuicio al interés económico general. Ello es así, porque el criterio provincial no tiene en cuenta –a diferencia de lo que ocurre a nivel nacional– que las concentraciones económicas no tienen per se un efecto negativo para el interés económico general y que, en algunos casos, pueden tener efectos positivos, tanto en términos de ganancias de eficiencia para el mercado, como de beneficios para los consumidores (ver en este sentido considerando 61, y resolución 164/2001 citada, anexo I, punto VI: “Ganancias de Eficiencia Productiva Generadas por la Concentración”).

En segundo lugar, porque al dificultar el ingreso de competidores al mercado, la ley 12.573 impide que las presiones competitivas disciplinen a los comercios ya instalados (tanto en cuanto a disminución de precios como a mejora en calidad, variedad, servicios, etc.); y fortalece el ejercicio de poder de mercado de las concentraciones económicas existentes o que logren instalarse. En este punto, resulta ilustrativo citar los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas en el ámbito nacional, en cuanto a que “aún si una operación aumenta significativamente el nivel de concentración existente en el mercado relevante, es posible que ella no afecte negativamente el interés económico general si en ese mercado no existen barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores. La amenaza del ingreso de nuevos competidores constituye un freno a la capacidad de las empresas existentes en el mercado de subir sus precios. Para ello, es necesario que el ingreso de nuevos competidores al mercado pueda realizarse en

forma rápida, probable y significativa” (ver resolución 164/2001 citada, punto VI. Ver, en igual sentido, el Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el cual se ha hecho un razonamiento similar respecto, precisamente, de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires, cuya validez aquí se discute: dictamen 306, del 24 de enero de 2002, The Home Depot Argentina S.R.L. e Hipermercados Jumbo S.A., puntos 79 a 84).

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 11, 21, 41, 91, 10, 11, 12 y concordantes, de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires, así como de sus normas reglamentarias y complementarias. Costas por su orden, teniendo en cuenta que las dificultades jurídicas del tema pudo hacer que la vencida se considerase con derecho a sostener su posición (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Parte actora: Día Argentina S.A. y Distribuidora Internacional de Alimentos S.A. (Sociedad Española), representados por el **Dr. Rodolfo Carlos Barra**, con el patrocinio del **Dr. Alejandro Rossi**.

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**, representada por el **Dr. Alejandro Juan Fernández Llanos**.

EDITORIAL RIO NEGRO S.A. c/ PROVINCIA DEL NEUQUEN

PUBLICIDAD OFICIAL.

Cabe aprobar el esquema de distribución de publicidad oficial que le fuera requerido a la provincia demandada, mediante sentencia definitiva dictada en el proceso de amparo, el que será de aplicación a las autoridades provinciales de todos los poderes, de organismos descentralizados y de entes autárquicos, debiendo aquélla dictar en un plazo que no exceda de noventa días, el instrumento normativo que las normas constitucionales e infraconstitucionales locales contemplan para dotar de aquella condición a un estatuto de esa naturaleza (ley, decreto o resolución), procediendo ulteriormente a la publicación correspondiente.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la demandada ha presentado, por segunda vez, el proyecto de esquema de distribución de publicidad oficial que fue requerido por la sentencia definitiva dictada en este proceso de amparo, con las precisiones subrayadas en la decisión adoptada a fs. 777/779 para rechazar la primera propuesta que había formulado la Provincia del Neuquén. En dicho pronunciamiento esta Corte subrayó que el mandato de hacer impuesto por la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo “...necesariamente exige un umbral que está dado por ciertos y definidos parámetros objetivos que permitan un adecuado escrutinio judicial acerca de la ilegalidad o irrazonabilidad en la conducta u omisión estatal en la asignación de los fondos gubernamentales destinados a la distribución de la publicidad oficial, pues de no establecerse un estándar verificable, se mantendría una situación de discrecionalidad extrema en cabeza de las autoridades públicas que, precisamente, ha sido descalificada por inconstitucional en el fallo que manda sancionar un esquema que haga predecible y controlable la distribución de publicidad oficial” (considerando 5º).

2º) Que la presentación agregada a fs. 791/803 se integra, por un lado, con un anexo referido a las normas locales vigentes que resultan de aplicación a la materia y, por otro, con el nuevo esquema propiamente dicho que, en cuanto aquí interesa reseñar, define principios generales para la elección del medio de comunicación que llevará a cabo la publicidad oficial; clasifica a dicha publicidad en tres categorías –de actos de gobierno, institucional y de bienes y servicios– en función de la naturaleza de los actos a difundir y, por último, establece criterios de distribución para la pauta destinada a cada una de ellas, con expresa reserva del 20% para asignarla a los medios más pequeños o que representan a sectores minoritarios, asociaciones civiles, etc., o a aquellos a los que busque promover por razones de interés público, con el objeto de garantizar el pluralismo informativo.

3º) Que este nuevo esquema configura una base apta para satisfacer razonablemente el mandato impuesto en la sentencia definitiva,

pues supera al conjunto de consignas y buenos propósitos de extrema generalidad que constituyeron la frustrada presentación anterior, al verificarse en el nuevo proyecto una expresión del mínimo constitucional irreductible que permitirá tutelar adecuadamente los derechos y garantías tenidos en consideración por esta Corte para disponer esta condenación excepcional.

4º) Que las razones que justificaron la necesidad de que la provincia demandada llevara a cabo este esquema de distribución, expresadas en la sentencia definitiva y profundizadas —en cuanto a su contenido— en la resolución de fs. 777/779 recordada en el primer considerando del presente, exigen como un efecto connatural la obligatoriedad de los parámetros previstos. De ahí, que la Provincia del Neuquén deberá dictar en un plazo razonable, que no excederá de noventa días, el instrumento normativo que las normas constitucionales e infraconstitucionales provinciales contemplen para dotar de aquella condición a un estatuto de esa naturaleza (ley, decreto, o resolución), procediendo ulteriormente a la publicación correspondiente.

Por ello, se resuelve:

1.— Declarar que la presentación efectuada por la demandada a fs. 791/803 cumple con el mandato de hacer establecido en la sentencia.

2.— Aprobar el esquema de distribución de publicidad oficial que obra en la presentación indicada, que será de aplicación a las autoridades provinciales de todos los poderes, de organismos descentralizados y de entes autárquicos.

3.— Disponer que la Provincia del Neuquén dicte en un plazo que no exceda de noventa días, en los términos del considerando 4º, el instrumento normativo necesario para dotar de obligatoriedad el esquema que se aprueba, procediendo a su inmediata publicación. Notifíquese.

Líbrese oficio al señor Gobernador con copia de la presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI.

MARTA CRISTINA LONGOMBARDO Y OTRO C/ EN M^o J. DNRA
Y CREDITOS PERSONALES

EMPLEADOS PUBLICOS: Incompatibilidad.

Cabe revocar la sentencia que admitió la acción de amparo iniciada por dos encargadas de Registros Seccionales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios que, al mismo tiempo que revestían como asesoras del H. Senado de la Nación, pretendían que no se les aplique el régimen de incompatibilidades por acumulación de cargos previsto en los decretos 8566/61, 9677/61 y sus modificatorios, pues el marco jurídico vigente –decreto 644/89 y modificaciones introducidas por decreto 2265/94– expresamente dispone que los encargados son funcionarios públicos dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales referidos, razón por la que no puede considerarse que ejercen una profesión liberal como sí lo hacen los escribanos, lo que permite concluir que se encuentran alcanzados por aquél régimen de acumulación de cargos e incompatibilidades, ya que a fin de quedar excluido de las prohibiciones que allí se contemplan es necesario que así lo disponga expresamente el ordenamiento o que ello surja de forma implícita pero indubitable.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 185/187, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V) revocó la sentencia de primera instancia, que había desestimado la acción de amparo por el cual dos encargadas de Registros Seccionales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios que, al mismo tiempo que revestían como asesoras del H. Senado de la Nación, pretendían que no se les aplique el régimen de incompatibilidades por acumulación de cargos previsto en los decretos 8566/61, 9677/61 y sus modificatorios.

Para decidir de ese modo, los integrantes de la Cámara entendieron que los encargados de los Registros Seccionales, aun cuando cumplen una función pública, no se encuentran bajo una relación de empleo público. Advirtieron que en un precedente de otra sala, donde se ha-

bía resuelto una situación análoga al *sub lite*, se destacó la naturaleza atípica de la función que aquéllos desempeñan.

Enfatizaron que el propio Poder Ejecutivo, mediante el decreto 644/89, había considerado expresamente que la función del Encargado de Registro no constituye relación de empleo (v. art. 1º, último párrafo) y transcribieron las notas características que, según el decreto 2265/94, aclaratorio del antes mencionado, diferencian a los encargados de los registros seccionales de los empleados públicos.

Por tales motivos, sostuvieron que el acto administrativo, notificado mediante sendas cartas documentos a las actoras, en cuanto les imponía la obligación de optar por uno u otro cargo, no era viable, toda vez que, al no mantener los encargados de Registros Seccionales una relación de empleo público con el Estado, no les resultaban aplicables las disposiciones del decreto 8566/61 y sus modificatorios sobre acumulación de cargos y, a mayor abundamiento, apoyaron su decisión en el precedente de V.E. de Fallos: 305:981.

– II –

Disconforme, el Estado Nacional (Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos) interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 193/206, el que fue concedido por haberse involucrado la interpretación de normas de carácter federal y denegado por la causal de arbitrariedad (fs. 212), sin que se dedujera la respectiva queja, razón por la cual esta instancia queda abierta en la medida que la otorgó el *a quo*.

Se agravia porque la Cámara –al admitir la pretensión de las actoras sobre la base de ponderar que la función de encargado de registro no constituye una relación de empleo, aunque sin desconocer la calidad de funcionario público que le otorga el art. 1º del decreto 2265/94– efectuó una distinción conceptual entre empleado público y funcionario público que violenta el espíritu de la norma e irrita la alta sensibilidad social que la inspira.

Manifiesta que el Estado se vale de los encargados de Registros Seccionales para el cumplimiento de sus actividades y que, aun cuando no entabla con ellos una relación de empleo público, son funcionarios públicos, debido a que prestan servicios a nombre del Estado para el cumplimiento de sus fines.

Argumenta que los importes que ingresan a los Registros Seccionales tienen como base la prestación de un servicio público que se encuentra a cargo de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios, del cual cada Registro Seccional es una división territorial. En ese orden, destaca que, si bien los encargados titulares brindan la prestación operativa y material del servicio, lo que abonan los particulares y que ingresa a los Registros Seccionales no corresponde a los encargados, sino que reviste el carácter de una contraprestación que los particulares pagan al Estado Nacional por el servicio de registro, independientemente de a quién éste encomiende su realización operativa.

Desde esa perspectiva sostiene que el encargado de registro es un funcionario público designado por el Estado que percibe, como retribución por sus servicios, una suma proveniente del peculio público que resulta de un porcentaje o monto fijo de los aranceles que recauda.

Considera, por otro lado, que la sentencia es arbitraria al haberse omitido examinar la carga horaria que corresponde a cada uno de los servicios prestados por las actoras y que resultaba fundamental para determinar si el desempeño simultáneo de ambas tareas les permitiría observar el cumplimiento estricto de las disposiciones que les son aplicables.

– III –

A mi modo de ver, las objeciones del recurrente suscitan cuestión federal, pues se halla en tela de juicio la interpretación de normas de esa índole y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho en que aquél se fundó (art. 14, inc. 3º, ley 48) (doctrina de Fallos: 321:169).

Es preciso resaltar que, encontrándose en discusión el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

– IV –

Sentado lo anterior, conviene destacar que no existe controversia en la causa en cuanto a que cada una de las actoras es encargada de un

Registro Seccional del Registro Nacional de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios y, a su vez, aquellas tienen sendos cargos como asesoras del H. Senado de la Nación. En tales condiciones, el *thema decidendum* consiste en determinar si, en su carácter de encargadas de un Registro Seccional, se les aplica el régimen de incompatibilidades por acumulación de cargos aprobado por el decreto 8566/61 y sus modificatorios.

Por este decreto, el Poder Ejecutivo Nacional aprobó el “Régimen sobre acumulación de cargos, funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional”, el que comprende a la totalidad del personal, sin distinción de actividades, según se establece en el art. 1°. Asimismo, derogó todo acto que se oponga a dicho régimen, salvo que contuviera condiciones más restrictivas (art. 3°).

El anexo del citado decreto dispone que es incompatible el ejercicio de un cargo o empleo público remunerado en la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo nacional, con cualquier otro cargo público retribuido en el orden nacional, provincial o municipal (art. 1°, texto según el art. 7° del decreto 9677/61).

A su vez, el art. 2° del anexo establece que las disposiciones del régimen comprenden al personal de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el presupuesto respectivo incluido en el Presupuesto General de la Nación. En cuanto a su retribución, comprende a todos los cargos o empleos, cualquiera sea la forma de remuneración, ya sea por pago mensual y permanente, jornal, honorarios, comisiones y, en general, toda prestación que se perciba por intermedio de los organismos antes citados, en concepto de retribución de servicios. Por tanto, alcanza a todo el personal de la Administración Nacional sin distinción de categorías ni jerarquías que se desempeñe en los servicios civiles, al personal militar de las Fuerzas Armadas y al de los Cuerpos de Seguridad y Defensa.

Como se puede apreciar de la lectura de estas disposiciones, el ámbito de aplicación del régimen sobre acumulación de cargos e incom-

patibilidades es amplio y general. Por lo tanto, para quedar excluido de las prohibiciones que ahí se contemplan es necesario que así lo disponga en forma expresa el ordenamiento o que ello surja en forma implícita pero indubitable.

Desde esta perspectiva, se advierte que el régimen de los encargados de Registros Seccionales del Registro Nacional de la Propiedad Automotor y de los Créditos Prendarios (decreto-ley 6582/58 y sus decretos reglamentarios 335/88, 644/89 y 2265/94) no contiene una disposición expresa que excluya a dichos funcionarios del sistema implementado por el decreto 8566/61 y sus modificatorios.

De todas formas, es necesario examinarlo en forma detenida para verificar si, pese a la falta de norma expresa, igualmente podría llegarse a esta conclusión –como lo hizo el *a quo* y lo controvierte el apelante–, en particular debido a las dudas interpretativas que presenta dicho régimen.

Al respecto, tanto el art. 3º del decreto 335/88 como el art. 7º del decreto 644/89 establecen que la función de encargado de Registro no constituye relación de empleo.

No obstante, debido a las dificultades interpretativas que planteaba la situación de estos encargados, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 2265/94, con el fin de aclarar el alcance y significado de algunas de las normas del decreto 644/89, para superar inconvenientes producidos en su aplicación, según lo expone aquel órgano en los considerandos de la medida.

En este sentido, el art. 1º del decreto 2265/94 sustituyó el art. 1º del decreto 644/89, por el siguiente texto: *“Los registros seccionales que conforman el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor y el Registro Nacional de Créditos Prendarios, estarán a cargo de un encargado de Registro. Los encargados de Registro son funcionarios públicos dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios y deberán ejercer sus funciones registrales en la forma y modo que lo establezca la ley, sus reglamentaciones y las normas que al efecto disponga la referida Dirección Nacional. Los encargados serán designados por el Ministerio de Justicia y removidos por éste, previo sumario y por las causales establecidas taxativamente en la ley (art. 40 del decreto-ley 6582/58 ratificado por la ley 14.467 –t. o. por dec. 4560/73– y sus modificatorias).*

La función del encargado de Registro no constituye relación de empleo, y ésta se regirá en los aspectos orgánico funcionales por las normas del presente decreto y las que al efecto dicte el Ministerio de Justicia y la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios”.

También sustituyó el art. 7° del decreto 644/89, el que ahora se refiere al régimen de los colaboradores que asisten a los encargados de Registro (conf. art. 2° del decreto 2265/94).

Pues bien, en mi concepto, del análisis de las normas del régimen de los encargados de Registro y fundamentalmente de los fines que persiguen las normas regulatorias, considero que corresponde hacer lugar a los agravios del apelante, toda vez que tales disposiciones no permiten afirmar que dichos funcionarios se encuentren excluidos del ámbito de aplicación del régimen aprobado por el decreto 8566/61.

Ello es así, siempre según mi punto de vista, porque tal exclusión no surge ni expresa ni implícitamente del régimen que regula de manera directa la actuación de tales funcionarios, sino que, por el contrario, un examen atento e integral de sus disposiciones conduce a sostener que sí están alcanzados por el sistema general de incompatibilidades por acumulación de cargos que prevé el decreto recién citado.

En primer lugar, porque los encargados cumplen la función pública registral y revisten el carácter de funcionarios públicos, tal como expresamente se indica en el decreto 644/89 (texto según las modificaciones que le introdujo el decreto 2265/94), sujetos a la potestad regulatoria de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, en materias tan diversas como los aspectos técnico-registrales propios de la función que ejercen y los derechos, deberes, licencias y sanciones disciplinarias a las que se encuentran sujetos.

Es cierto que aquel régimen aclara que no tienen una relación de empleo, mas ello no significa que estén excluidos del régimen de incompatibilidades, pues el ámbito de aplicación personal y material de este último es más amplio que la mera relación de empleo.

Por otra parte, también corresponde reparar en que la remuneración de los encargados de Registro deviene del erario público. El

art. 3º, inc. b), del decreto 644/89 establece que dichos funcionarios percibirán una retribución por sus servicios en la forma que disponga la Secretaría de Justicia y es el Estado el que fija los aranceles que los particulares deben abonar por la realización de los trámites registrales, aun cuando exista un régimen particular de percepción y liquidación de estos aranceles.

Finalmente, considero que no resulta aplicable para resolver la controversia que se suscita en estos autos la doctrina de Fallos: 305:981 –citado por el *a quo*–, en el que se había caracterizado como ejercicio de una profesión liberal a la que desarrollan los encargados de Registros, asimilándolos a la situación de los notarios. Así lo entiendo, porque las normas que se dictaron luego de dicho precedente y que regulan específicamente aquella actividad, difieren en la calificación asignada. En efecto, el marco jurídico vigente expresamente dispone que los encargados son funcionarios públicos dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios y, por lo tanto, no se puede seguir considerando que ejercen una profesión liberal como sí lo hacen los escribanos.

Todo ello permite concluir en que los encargados de Registro están alcanzados por las disposiciones del régimen del decreto 8566/61.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde revocar la sentencia de fs. 185/187 en cuanto ha sido materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 2 de febrero de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 29 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Longombardo, Marta Cristina y otro c/ EN Mº J. DNRA y Créditos Personales s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal que antecede —a excepción del anteúltimo párrafo del acápite IV— a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquélla, en lo pertinente, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional, demandado en autos**, representado por la Dra. **Silvia Norma Zotta, en calidad de apoderada**, con el patrocinio letrado del Dr. **Norberto Salvador Bisaro**.

Traslado contestado por **Marta Cristina Longombardo y Marcela Fátima Menem, actora en autos**, representadas por el Dr. **Edgardo Antonio Puppo, en calidad de apoderado**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5**.

ROT AUTOMOTORES SACIF c/ SEVEL ARGENTINA S.A. Y OTRO

AMICUS CURIAE.

El recaudo de tener como única finalidad expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio no se cumple cuando la presentación del Amigo del Tribunal tiene por objeto que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza —iniciados o por promoverse— en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado, lo que ocurre en el caso de la presentación realizada por la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina, en tanto es representante de numerosas empresas que han promovido acciones

judiciales –muchas radicadas ante el Tribunal– por la misma cuestión debatida en los presentes autos.

AMICUS CURIAE.

A la luz de lo dispuesto en el art. 1º del Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal la presentación resulta extemporánea si el escrito no fue presentado en el recurso de hecho sino en los autos donde tramita el recurso extraordinario, en los cuales ya se llamó autos para dictar sentencia y, aun cuando se lo considerase presentado en la queja, si bien, desde el punto de vista formal, en ésta no existe llamado de autos para sentencia, de todos modos dicha presentación también sería extemporánea, en tanto desde la interposición de la misma ha pasado más de un año.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 29 de junio de 2010.

Visto el escrito de presentación de Amigos del Tribunal correspondiente a los autos “Rot Automotores SACIF c/ Sevel Argentina S.A. y otro s/ ordinario”.

Considerando:

1º) Que la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina se ha presentado invocando el carácter de Amigos del Tribunal. La lectura de la presentación efectuada impone formular ciertas precisiones respecto de tal figura.

2º) Que se trata, como lo señaló esta Corte al autorizar su intervención mediante la acordada 28/2004 (Fallos: 327:2997), de un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia en las causas en trámite ante sus estrados y en las que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público. Las presentaciones deben ser efectuadas por terceros ajenos a las partes que cuenten con una conocida competencia en la cuestión debatida, y “con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto

del litigio” (párrafo segundo del art. 11 del reglamento aprobado por la acordada citada).

3º) Que este último recaudo no se cumple cuando la presentación tiene por objeto que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado. En el indicado supuesto, la existencia de tal interés determina la improcedencia de la intervención como Amigos del Tribunal de quienes lo tuvieren, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de éstos.

4º) Que en esta situación se encuentra ostensiblemente comprendida la presentación realizada por la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina, en tanto –como lo señala en el escrito respectivo– es representante de numerosas empresas que han promovido acciones judiciales –muchas de las cuales se encuentran radicadas en la Corte– por la misma cuestión debatida en los presentes autos.

5º) Que asimismo cabe destacar, a sus efectos, que a la luz de lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal, la presentación sería extemporánea. Ello así, toda vez que el escrito no fue presentado en el recurso de hecho allí mencionado (R.357.XLIV) sino en los autos donde tramita el recurso extraordinario (causa R.409.XLIV), en los cuales se llamó autos para dictar sentencia el 6 de junio de 2008 y, aun cuando se lo considerase presentado en la queja, si bien, desde el punto de vista formal, en ésta no existe llamado de autos para sentencia, de todos modos dicha presentación también sería extemporánea, en tanto desde la interposición de la queja el 21 de mayo de 2008 ha pasado más de un año.

Por lo tanto, procédase por la Mesa de Entradas del Tribunal a la devolución de la mencionada presentación a quien la efectuó.

Fecho, agréguese por cuerda el presente a los autos principales. Notifíquese e insértese copia en la página web del Tribunal.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Escrito presentado por **la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina**, representada por el **Dr. Guillermo E. Sagués**.

C. J. P.

MENORES.

Corresponde dejar sin efecto la resolución que rechazó el recurso de revisión deducido contra la sentencia de condena si restringió inadecuadamente el instituto procesal, al sustentarse en el carácter taxativo de los supuestos previstos en el inc. 4° del art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación, pues con ello soslayó que se trataría de una circunstancia de hecho (inc. 4°) que requiere de una mínima prueba como es la determinación de la posible minoridad, pero que es primordial objeto del proceso (art. 193, inc. 4° del Código nombrado) y que puede traer aparejadas serias consecuencias sobre la pena (ley 22.278, art. 4°).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de revisión deducido en favor de C.J.P. (a) M., contra la sentencia que lo condenó, el 12 de febrero de 2008, a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso por ser autor culpable del delito de robo simple en grado de tentativa (fs. 2 del presente legajo y 145/149 vta. de los autos principales).

Contra esa decisión se interpuso el recurso del artículo 14 de la ley 48, cuya denegación origina esta queja (fs. 5/12 vta., 15/vta. y 16/20 vta.)

– II –

1. El agravio esencial planteado por la defensa consiste en que tras la condena del imputado como mayor de edad, el mismo tribunal sentenciante declinó su competencia en favor de la justicia de menores –al conocer de otro hecho imputado por conexidad subjetiva– a raíz de un informe médico que determinaría su calidad de menor de edad.

De allí, incurriría en arbitrariedad el fallo del *a quo* que para rechazar su pretensión juzga que tal hipótesis no encuadra en los supuestos del artículo 479, inc. 4° del C.P.P.N., pues tal dogmática respuesta, siempre según la parte, estaría convalidando una lesión intolerable de principios y garantías constitucionales, especialmente aquellos que se refieren a los derechos del niño, por haber sido enjuiciado y condenado de acuerdo al régimen de los imputados adultos.

2. Sin perder de vista la regla según la cual la interpretación y aplicación del derecho común y procesal constituyen facultad propia de los jueces de la causa –tal como ocurre en el caso al resolver el *a quo* la improcedencia del recurso de revisión por no darse los supuestos del art. 479 del C.P.P.N.– y el carácter restrictivo que prima en materia de arbitrariedad en estos supuestos, pienso que en este caso se verifican circunstancias que permiten hacer la excepción.

3. En efecto, de la declaración de incompetencia referida por la defensa (cuya copia parcial luce agregada a fs. 232/vta. de los autos principales) se desprende que en las distintas causas seguidas contra el imputado “se ha abordado su posible minoridad” y que “recurrentemente, se estableció su mayoría de edad como eje para el impulso del trámite, como así también para la condena que el nombrado registra” en la sede de ese tribunal. Que un informe de la especialidad del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional abonaría la probabilidad de que se trate de un menor de edad al momento de los hechos y que no existirían otros datos patronímicos para asegurar su filiación, por lo que se encontrarían agotadas las posibilidades de identificarlo con certeza.

Si a ello se suma que el hecho que dio origen a la condena que aquí se cuestiona es anterior al que se refiere en la declinatoria, la probabilidad de que se tratara de un menor de edad cobra mayor verosimilitud.

4. En consecuencia, pienso que al resolver como lo hizo, el *a quo* restringió inadecuadamente el instituto procesal, al sustentarse en el

carácter taxativo de los supuestos previstos en el inc. 4° del art. 479 del C.P.P.N., pues con ello soslaya que aquí se trataría de una circunstancia de hecho (inc. 4°) que requiere de una mínima prueba, pero que es primordial objeto del proceso (art. 193, inc. 4° del C.P.P.N.), y que, en este caso concreto puede traer aparejadas serias consecuencias sobre la pena (ley 22.278, art. 4°). Supuesto éste en el que cede el carácter estrictamente excepcional de la revisión.

En razón de todo lo expuesto, opino que V.E. puede, abriendo la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, 11 de febrero de 2010. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 29 de junio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de C. J. P. en la causa P., C. J. s/ causa N° 10.535”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los argumentos vertidos por el señor Procurador Fiscal en su dictamen, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse, en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Acumúlese la queja al principal y remítase al tribunal de origen con el fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y cúmplase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **la Defensora Pública Oficial Laura Beatriz Pollastri, a favor de C. J. P.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal N° 20 de la ciudad de Buenos Aires.**

JULIO

GABRIELA BEATRIZ QUIROGA c/ UNIVERSIDAD NAC. DE CORDOBA
(FAC. DE CS. AGROP.)

CONCURSOS UNIVERSITARIOS.

Corresponde revocar la sentencia que declaró la nulidad absoluta de las resoluciones del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Agropecuarias y del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba y de los actos administrativos dictados en su consecuencia si los mismos cumplen con todos los requisitos de validez del acto administrativo y el tribunal *a quo* se colocó en el rol de jurado y no se limitó a ejercer el control judicial que debe hacerse en los casos de selección del cuerpo docente universitario, máxime si el dictamen del jurado se ajustó a las normas vigentes expresando en su ampliación los criterios de puntuación y calificando conforme al procedimiento previsto en la reglamentación correspondiente.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 107/118, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala B) hizo lugar al recurso que, en los términos del art. 32 de la ley 24.521, interpuso la ingeniera Gabriela Quiroga y declaró la nulidad absoluta de las resoluciones 399/02 del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Agropecuarias y 203/03 del Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC, en adelante), así como también de todos los actos administrativos dictados en su consecuencia.

Por el primero de aquellos actos administrativos se rechazó la impugnación presentada por la actora en el concurso para la provisión

de un cargo de Ayudante de Primera con dedicación semiexclusiva en la asignatura “Mejoramiento Genético Vegetal” del Departamento de Producción Vegetal, se aprobó el dictamen del jurado y se designó a la Ing. Agr. Gabriela Alemanno para cubrir el cargo, mientras que, por la resolución del Consejo Superior antes mencionada, se rechazó el recurso jerárquico que la actora dedujo contra la resolución 399/02.

Para así decidir, el *a quo* desestimó algunas de las quejas que la actora planteó contra ciertos actos del concurso, para luego realizar un minucioso y pormenorizado análisis de las impugnaciones que aquélla formuló al dictamen del jurado y a su ampliación. Después de analizar las normas que rigen el caso, señaló que en el rubro antecedentes se verificó una falta de fundamentación en los ítems “Otras actividades académicas y de gestión”, “Becas”, “Progresión funcional universitaria”, entre otros, e indicó que ese vicio viola el derecho de defensa de la apelante y vicia también al dictamen jurídico del concurso. En cuanto al planteo por el que cuestiona la calificación del jurado a la entrevista personal, el *a quo* señaló que efectivamente de la ampliación del dictamen del jurado no surgen las razones para fundar las calificaciones diferentes entre la actora y la concursante mejor conceptuada.

Concluyó también que la valoración respecto de antecedentes que la Ing. Alemanno no acreditó en el concurso, incide en el puntaje que le otorgaron en los ítems antes mencionados y son determinantes en el total general obtenido por cada postulante, al mismo tiempo que repercute en el orden de méritos que estableció el jurado.

– II –

Contra esa decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 122/137, que fue concedido a fs. 151 por cuestión federal.

Sus agravios respecto de la sentencia pueden resumirse del siguiente modo: (i) resulta violatoria del Estatuto Universitario y de la autonomía universitaria ya que implica una flagrante intromisión en el gobierno de la universidad; (ii) lesiona el principio de división de poderes; (iii) es arbitraria, porque la cámara se puso en la posición del jurado del concurso, cuestionó la forma en que fueron evaluados los antecedentes de la impugnante y de la concursante que resultó primera en el orden de méritos aun cuando, por consejo de la asesoría

jurídica de la Universidad, el dictamen inicial mereció su ampliación y justificación del jurado en cuanto a las impugnaciones; iv) la opinión del jurado no es discutible en sede jurisdiccional sobre cuestiones de mérito para evaluar y considerar cuál es el mejor aspirante para acceder al cargo. Menos aún cuando, en su ampliación, aquél subsanó, al menos parcialmente, las omisiones denunciadas por la actora; v) la descalificación de los dictámenes del jurado configura una intromisión grave e incontrolable en el gobierno universitario. Asimismo, indicó que los integrantes de ese órgano han sido seleccionados por su idoneidad e imparcialidad para decidir los postulantes más aptos para el cargo y que, en el caso, tanto el dictamen como su ampliación han estado enmarcados en las normas vigentes (ordenanza y estatuto); vi) el agravio indicado anteriormente lo considera también para los dictámenes de la Asesoría Jurídica; vii) viola el art. 75, inc. 19), entre otros derechos constitucionales que también consideró vulnerados.

– III –

Considero que corresponde habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, toda vez que en autos se discute la validez de actos emanados de una autoridad nacional con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión de los jueces de la causa ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente funda en ellas (Fallos: 314:1234; 323:620).

Cabe recordar que V.E. tiene dicho que la designación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad, salvo en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados en el ámbito judicial sean manifiestamente arbitrarios (Fallos: 314:1234; 317:40; 320:2298).

– IV –

En consecuencia, corresponde examinar si la sentencia apelada constituyó un legítimo control de la legalidad de los actos administrativos cuestionados o si, por el contrario, importó una indebida intromisión del Poder Judicial en cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad.

Lo expuesto lleva necesariamente a determinar el alcance de las facultades y obligaciones reglamentarias del jurado que intervino en el concurso docente.

La ordenanza 8/86 –que regula el procedimiento de selección de docentes– establece que el dictamen debe ser escrito, explícito, fundado, firmado y define los puntos que debe contener. Asimismo prescribe, entre otras cosas, que el jurado evaluará de manera fundada los títulos y antecedentes y las pruebas de oposición. Los miembros del jurado deberán hacer explícitos los criterios seguidos y evaluarán cada uno de los ítems en forma pormenorizada (arts. 14 y 17).

Por otra parte, con referencia a la actuación de los jurados, la res. (CD) 37/02 indica que los miembros del jurado presentarán su dictamen explícito y fundado de acuerdo a lo que establece el art. 14 de la ordenanza del Honorable Consejo Superior 8/86, que los antecedentes se evaluarán tomando en consideración los ítems que se contemplen en la solicitud de inscripción, señala cómo se realizará la entrevista personal y establece el puntaje mínimo requerido para ingresar en el orden de méritos (arts. 8°, 10, 13 y 14).

Conviene recordar que el acto de evaluación debe exponer los factores o variables que se tomaron en cuenta para discernir sobre los antecedentes y méritos de los postulantes, tarea reservada al jurado del concurso, discutible dentro del ámbito académico. En este sentido, V.E. también sostiene que la revisión judicial no debe llevar a los jueces a sustituir los criterios del jurado e interferir en ámbitos típicamente académicos, comprendidos en el marco de la autonomía de las universidades nacionales y ajenos al control jurisdiccional, salvo en los supuestos de arbitrariedad manifiesta (Fallos: 330:694).

Sobre la base de tales criterios, el tribunal apelado se colocó en el rol de jurado y no se limitó a ejercer el control judicial que debe hacerse en estos casos. Ello es así, porque, por un lado, el dictamen del jurado se ajustó a las normas vigentes y, por el otro, la misma cámara advirtió que en la ampliación del dictamen, el jurado expresó los criterios de puntuación y calificó conforme al procedimiento previsto en la reglamentación para los concursos docentes por la res. 37/02 del Consejo Superior de la Facultad de Ciencias Agropecuarias (ver fs. 111 vta.).

En virtud de lo expuesto y a contrario de lo resuelto por la cámara, considero que las resoluciones del Consejo Directivo y del Consejo

Superior, así como todos los actos administrativos dictados en su consecuencia no son nulos, dado que cumplen con todos los requisitos de validez del acto administrativo.

Todo ello conduce a sostener que el pronunciamiento apelado no se ajusta a derecho en cuanto declaró la nulidad de las resoluciones 399/02 del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Agropecuarias y 203/03 del Consejo Superior de la UNC.

– V –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde revocar la sentencia de fs. 107/118, en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 29 de septiembre de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 6 de julio de 2010.

Vistos los autos: “Quiroga, Gabriela Beatriz c/ Universidad Nac. de Córdoba (Fac. de Cs. Agrop.)”.

Considerando:

Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razones de brevedad.

Por ello, y de conformidad con el referido dictamen, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se desestima el recurso de fs. 26/31. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la Universidad Nacional de Córdoba, demandada en autos**, representada por la Dra. **Mónica Graciela Celiz**.
Traslado contestado por **Gabriela Beatriz Quiroga, actora en autos**, representada por el Dr. **Santiago Guerino Barbero**.
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B**.

ROSA PATRICIA RIVERA (EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SUS HIJOS MENORES) C/
ESTADO NACIONAL y/o ESTADO MAYOR GRAL. DEL EJERCITO ARGENTINO

MINISTERIO PUPILAR.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que inter venga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio y al advertirse que no se dispuso la participación del Ministerio de Menores pese a que obraba un pedido expreso en tal sentido de la actora al entablar la demanda, como que tampoco se le confirió intervención alguna previo a la adopción de decisiones posibles de causar a dicha representación promiscua un gravamen de insusceptible reparación ulterior, corresponde declarar la nulidad de las resoluciones dictadas sin esta participación previa y devolver los actuados al tribunal de origen.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 230/238 el juez de primera instancia, al hacer lugar, parcialmente, a la demanda promovida por Rosa Patricia Rivera –por sí y en representación de sus hijos menores–, condenó al Estado Nacional –Estado Mayor General del Ejército– al pago de una indemnización en concepto de capital, comprensivo del daño material, pérdida de chance y daño moral, con intereses hasta su efectivo pago, fundado en que se hallaba configurado un supuesto de responsabilidad estatal en los términos del art. 1113 del Código Civil. Arribó a dicha conclusión

con sustento en que el demandado no adoptó las medidas de control necesarias como dueño del camión en el cual se conducía la víctima Jorge Raúl Oteiza, que se desempeñaba como Sargento Ayudante del Ejército Argentino, y así evitar su muerte.

Aquella decisión fue apelada por ambas partes. La demandada cuestionó la sentencia en su totalidad (fs. 240 y 249/254); en cambio, la actora se agravió por los intereses aplicados en la sentencia y solicitó que se computaran desde la fecha del accidente (fs. 243 y 255/257).

A fs. 264/270, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó en cuanto al fondo la sentencia de la anterior instancia, la modificó al reducir el monto de la indemnización en concepto de daño material, aplicó al caso la ley 25.344 y desestimó el recurso de apelación de la actora.

Esta decisión motivó la interposición por parte del demandado del recurso extraordinario ante la Corte (fs. 273/280), el que fue concedido a fs. 289.

– II –

A fs. 296, esta Procuración, al advertir que no había tomado intervención el Ministerio Público de la Defensa solicitó a V.E. que se le confiriera vista.

A fs. 298/299 obra el dictamen del señor Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual –y en lo que aquí interesa– puso de relieve que, al haberse omitido conferirle vistas fundamentales desde el inicio del proceso, se privó a los menores de gozar de la representación que ejerce el Ministerio Pupilar (sin que ello pudiera quedar subsanado con la vista otorgada en esta instancia).

Destacó que al soslayarse la oportuna intervención de dicho Ministerio se comprometieron las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados –con relación a los menores– por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, recordó la jurisprudencia del Tribunal con arreglo a la cual debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el

legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional –art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema–, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño –arts. 12, inc. 2º y 26, inc. 1º–.

Sobre estas bases, el señor Defensor Oficial opinó que correspondía decretar la nulidad de las actuaciones cumplidas sin la intervención del Ministerio Pupilar y la posterior remisión de la causa a las instancias anteriores, a fin de que se garantice la doble representación prevista por el ordenamiento jurídico.

– III –

Cabe recordar que la Corte, concordemente con lo señalado en el dictamen de la Defensoría Oficial y a la reiterada doctrina sobre el tema, expresó en un reciente caso que es “...*descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor; lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones*” (conf. C. 1096. XLIII. R.O. “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, sentencia del 19 de mayo de 2009, ver también Fallos: 325:1347 y 330:4498 y doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291).

Es menester agregar que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiere lugar sin su participación.

En tal sentido, debo advertir que en esta causa no se dispuso la participación el Ministerio de Menores pese a que obraba un pedido expreso en tal sentido de la actora al entablar demanda (v. fs. 15, punto 4, del acápite X –petitorio) como que tampoco se le confirió intervención alguna previo a la adopción de decisiones posibles de causar a dicha

representación promiscua un gravamen de insusceptible reparación ulterior, como lo fueron las resoluciones dictadas durante el proceso.

– IV –

Por ello, y lo concordemente expuesto en el punto IV del dictamen del señor Defensor Oficial, opino que corresponde declarar la nulidad de las resoluciones dictadas sin su participación previa y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en el presente, y haga valer los derechos que estime corresponder en el juicio. Buenos Aires, 14 de octubre de 2009. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 6 de julio de 2010.

Vistos los autos: “Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/ daños y perjuicios – ordinario”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquélla, se declara la nulidad de las resoluciones dictadas sin la participación previa del Ministerio Público de la Defensa. Devuélvase los actuados al tribunal de origen a fin que se produzca la intervención del Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en el dictamen. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional – Estado Mayor General del Ejército, demandado en autos**, representado por la Dra. **Silvia Mónica Arrostito**.

Traslado contestado por **Rosa Patricia Rivera, por sí y en representación de sus hijos menores, actora en autos**, representada por el Dr. **Marcos Esteban Isa, en calidad de apoderado**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Salta**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de Salta**.

MARCELINO ORTIZ Y OTROS c/ CAJA DE RETIROS, JUBILACIONES
Y PENSIONES DE LA POLICIA FEDERAL

RETIRO POLICIAL.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó que el suplemento prescripto por el decreto 2744/93 fuera incorporado al rubro “sueldo” ya que si bien el Tribunal sostuvo la generalidad que asume dicho pago al personal en actividad, que se percibe con independencia de si el interesado se ve sometido a una exigencia o situación especial, lo que denota el carácter salarial de tales asignaciones y por ende el derecho del personal retirado a percibirlo en su haber de retiro, no se precisó que tales supuestos debían incluirse en el concepto “sueldo”, lo que implicaría el tener que tomarlos en cuenta para el cómputo de otros adicionales, como en la etapa de ejecución.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, rechazó la apelación interpuesta por la demandada, y confirmó el pronunciamiento de primera instancia, que a su turno rechazó el reclamo de la recurrente, en cuanto cuestionó que la accionante pretendió introducir en la etapa de ejecución de la sentencia el debate de

una cuestión ya resuelta por la sentencia definitiva –v. fs. 322, 208/211, 207 del cuaderno de queja, al que me remitiré en lo sucesivo–.

Para así decidir, sostuvo la Alzada, que correspondía confirmar lo resuelto oportunamente por esa Sala, a fojas 79/80, al dictar sentencia definitiva el 2 de febrero de 2000, toda vez que la impugnación practicada por la actora a la liquidación presentada por la accionada, no hacía más que exigir el cumplimiento de lo allí dispuesto, es decir, incluir el suplemento prescripto por el Decreto 2744/93 en el rubro “haber”, a los efectos de calcular las jubilaciones y/o pensiones reclamadas por los actores, que constituyen el objeto de la litis.

Asimismo, consideró, que las argumentaciones vertidas por la demandada en su escrito recursivo, carecían de peso suficiente para introducir modificaciones en una resolución judicial, como la citada precedentemente, donde se debe aplicar el principio de la cosa juzgada –v. fs. 322–.

Contra dicho pronunciamiento, la accionada interpuso recurso extraordinario federal, el que contestado, fue rechazado, dando lugar a la interposición de la presente queja (v. fs. 322, 325/331, 332 y 334/341 del cuaderno respectivo).

– II –

Para un mejor entendimiento, corresponde señalar que los actores, promovieron juicio contra la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal Argentina, a quien reclamaron el pago de los rubros “no remunerativos” y “no bonificables” prescriptos, entre otros, por el Decreto 2744/93, que percibe el personal en servicios, con carácter de suplemento particular, por entender que el mismo resultaría ser un aumento encubierto, y por ende tendría carácter salarial.

En resumen, señalaron que lo que se pretendía establecer era si el suplemento otorgado por el Decreto 2744/93, lo percibía la generalidad del personal en actividad, en cuyo caso sostuvieron debería hacerse efectivo también al personal retirado.

Corrido el pertinente traslado, la demandada negó los hechos y el derecho invocados por los actores. Expresamente negó, que los decretos del PEN tuvieran carácter de asignación salarial y que integraran el sueldo del personal en actividad.

El Magistrado de Primera Instancia hizo lugar al reclamo de los actores, reconociéndoles el derecho a que se les computara dentro del concepto de haber de retiro y pensión definido por el artículo 96 de la Ley 21.965, los beneficios previstos en los Decretos 2.733/91, 713/92 y 2.744/93 –v. fs. 51/53 del cuaderno de queja–.

Apelada la sentencia por ambas partes, la Alzada resolvió, declarar desierto el recurso de la parte actora, y respecto del deducido por la demandada, confirmar la sentencia del juez de grado, en lo principal que decide –v. fs. 79/80–.

Sostuvo la Cámara, que la situación planteada resultaba similar a la que fuera materia de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 17 de mayo de 1998, en autos “Torres, Pedro c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”.

En esa oportunidad, refiere, el Alto Tribunal entendió que si bien los suplementos particulares que crea el aludido Decreto 2744/93, impedirían su traslado al haber de retiro del personal policial, la generalidad con que, en los hechos, fueron otorgadas dichas compensaciones exhibe, de modo incontrovertible, su naturaleza salarial, razón por la cual el monto de los mismos debía incluirse en el cómputo para la determinación del haber de retiro –v. fs. 79/80–.

Firme la sentencia de Cámara, y en lo que aquí interesa, la actora inició la ejecución de la sentencia, intimando a la demandada a practicar las respectivas liquidaciones incluyendo el suplemento del Decreto 2744/93 en el rubro “haber”, y no en forma separada conforme lo había efectuado al practicar la liquidación que se impugnara. Al contestar el respectivo traslado la demandada, sostuvo, que la actora pretendía introducir por esa vía y en la etapa de ejecución de sentencia, el debate de una cuestión firme, resuelta por la sentencia definitiva, que remitió a la jurisprudencia de V.E. en la materia, y que quedara consentida por la parte actora, al declarar la Alzada desierto el recurso de apelación deducido por su parte, conforme lo señalado precedentemente.

En tal sentido, refiere que ninguno de los precedentes jurisprudenciales señalados por ambos decisorios, se pronunció acerca de la modalidad liquidatoria del suplemento en cuestión, ni tampoco ordenaron su proyección sobre otros adicionales, solo dispusieron que se los

incluyera en el cómputo del haber del personal retirado, como uno de los conceptos previstos en el artículo 96 de la Ley 21.965, es decir sin incorporarlo al rubro 001 –sueldo del haber previsional– como ahora pretenden los actores –v. fs. 297/300–.

El Magistrado de Primera Instancia hizo lugar a la impugnación de los accionantes, decisorio que apelado por la demandada, fue confirmado en todos sus términos por la Alzada, con fundamento en que el reclamo no hacía más que exigir el cumplimiento de lo dispuesto oportunamente en la sentencia ejecutada –v. fs. 207, 208/211, 322 del cuaderno de queja–.

Contra dicho pronunciamiento, dedujo la demandada recurso extraordinario federal, el que fue desestimado por entender la Alzada que las resoluciones recaídas en los procesos de ejecución de sentencia, no son sentencia definitiva, en los términos del artículo 14 de la Ley 48, lo que dio origen a la interposición de la presente queja –v. fs. 322, 325/331, 332 y 334/341 del cuaderno de queja–.

– III –

Se agravia la quejosa de que Alzada, a su entender, se apartó de dos ejes básicos en los que se apoyó la sentencia firme recaída en autos, al sostener por un lado, que la impugnación de la accionante no hace más que exigir el cumplimiento de lo dispuesto oportunamente en la sentencia ejecutada, en el sentido de incluir el suplemento del Decreto 2744/93 en el rubro “haber”, cuando ello no fue, refiere, lo que allí se dispuso; y por el otro, en cuanto considera que los argumentos vertidos por su parte carecían de peso suficiente como para introducir modificaciones en una resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando justamente ello, es lo que su parte pretende no acontezca.

En dicho marco, estima que el principio de la cosa juzgada se quebró al así decidir la Alzada, violentando el principio de seguridad jurídica que de ella emana, y atentando contra las normas rectoras de la Ley 21.965 para el “Personal de la Policía Federal Argentina”, y la doctrina legal de V.E. en la materia, en la cual ella se apoyó al dictar la sentencia de fecha 2 de febrero de 2000.

Se agravia expresamente, de que la Alzada incorporó dentro del rubro “sueldo” de los pasivos el suplemento previsto por el Decreto

2744/93, violentó también, el principio de proporcionalidad que debe existir entre los haberes percibidos por los agentes en actividad, y los que se encuentran en situación de retiro, con el correspondiente perjuicio económico que dicha situación, de admitirse, implicaría para la demandada.

Concluyó señalando, que al así decidir la Alzada se apartó de lo resuelto en la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada dictada por la misma Sala, y de las normas legales y constitucionales invocadas por su parte, apartándose también, de la jurisprudencia de V.E. en la materia, por ella misma citada en su decisorio, con lo cual, violó derechos y garantías de raigambre constitucional que le asisten a su parte.

– IV –

En primer término, cabe señalar, que la resolución atacada, aún cuando decide acerca de cuestiones suscitadas en el trámite de ejecución de sentencia, resulta equiparable al pronunciamiento definitivo exigido por el artículo 14 de la Ley 48, pues el apelante se encontraría impedido en el futuro de replantear sus quejas al respecto, lo que le ocasionaría un agravio de imposible reparación ulterior –v. Fallos: 323:1318–. Por otra parte, el recurso deducido resulta admisible, pues se encuentra en tela de juicio la aplicación e interpretación de normas de carácter federal, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas –v. Fallos: 310:1873; 320:735; entre otros–.

En lo atinente al objeto de la litis, es dable poner de resalto, que V.E. tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el carácter remunerativo de los beneficios prescriptos por el Decreto N° 2744/93, al fallar en autos: “Torres Pedro c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”, jurisprudencia a la cual remitió la sentencia de la Alzada de fecha 2 de febrero de 2000.

En dicho precedente, sostuvo V.E. la generalidad que asume el pago al personal en actividad, de los suplementos establecidos por el citado decreto, que se percibe con independencia de si el interesado se ve sometido a una exigencia o situación especial, lo que denota el carácter salarial de tales asignaciones, y, por ende el derecho del personal retirado a percibirlo en su haber de retiro.

También señala, que en materia previsional de lo que se trata es de preservar la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, en razón de la naturaleza sustitutiva que cabe reconocer al primero con respecto al segundo –v. Fallos: 321:619–.

Ahora bien, en el citado fallo no se precisó, que tales suplementos debían incluirse en el concepto “sueldo”, lo que implicaría, de ser ello así, el tener que tomarlos en cuenta para el cómputo de otros adicionales, como en esta etapa de ejecución pretende la parte actora, y respecto de lo cual se agravia la demandada.

En dicho marco, estimo le asiste razón a la accionada, toda vez que V.E. ha sostenido en fallos posteriores, que el reconocimiento de la naturaleza general de las asignaciones creadas por el Decreto 2744/93 al personal retirado, se encuentra restringido por la manera en que se liquidan tales asignaciones al personal en actividad, y una decisión que excediera tal límite traería aparejada la ruptura de la regla de proporcionalidad establecida por la ley de fondo (art. 96 de la Ley 21.965), conforme se agravia la quejosa –v. Fallos: 325:2161; 328:4232, 329:2844, entre otros–.

En tal sentido, conforme señaló el Tribunal en autos “Costa, Emilia c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal” (v. Fallos: 325:2161), el artículo 385 del decreto reglamentario 1866/83, especifica que el “haber mensual” estará compuesto por los ítems “sueldo básico” y “bonificación complementaria”, y el artículo 388 puntualiza que no integran ese haber mensual los suplementos generales, particulares y compensaciones, esquema que permite reconocer –por las razones dadas en Fallos: 321:619 “Torres”– la naturaleza general de un suplemento que fue creado como particular sin que ello implique computar tal asignación en el concepto “haber mensual” o en alguno de los ítems que lo integran según la reglamentación de la Ley 21.965.

Asimismo, señala, que el artículo 96 de la Ley 21.965 prevé, a los efectos del cálculo de haber de retiro, que “...se calculará sobre el cien por ciento (100%) de la suma de los conceptos de sueldo y suplementos generales, o por otros conceptos que se establezcan expresamente en el futuro para el personal en servicio efectivo del mismo grado y antigüedad...”, por lo que el reconocimiento de la naturaleza general de las asignaciones creadas por el Decreto 2744/93 al personal reti-

rado, se encuentra restringido por la manera en que se liquidan tales asignaciones al personal en actividad y una decisión que excediera tal límite traería aparejada una ruptura de la regla de proporcionalidad establecida por la ley de fondo.

Por otro lado, es dable destacar, también, que de los términos de la demanda surge que los interesados limitaron su reclamo al reconocimiento de la naturaleza general de tales asignaciones, a fin de que fuesen incluidas en sus haberes de retiro, sin deducir pretensión alguna dirigida a la forma como debían ser computados o integrados en la liquidación de haberes. De ahí que, al ordenar la Alzada que tales suplementos fueran incorporados al rubro “sueldo”, ésta excedió los límites de su jurisdicción, violó el principio de congruencia y, en consecuencia la garantía de la defensa en juicio –art. 18 de la Constitución Nacional–.

– V –

Por los fundamentos expuestos, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto, y revocar el decisorio con el alcance indicado. Buenos Aires, 4 de noviembre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 6 de julio de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Ortiz, Marcelino y otros c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, con el alcance indicado, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso de hecho interpuesto por la demandada, representada por la **Dra. Verónica Irene Consoli**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 7**.

BEN IVGY MOSHE

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Trámite.

Cabe suspender el trámite de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia que concedió parcialmente la extradición, admitiéndola a fin de cumplir el resto de la condena impuesta por los delitos de conspiración para cometer un delito grave, robo en grupo, tentativa de robo en grupo y destrucción de pruebas, rechazándola por el delito de fuga y por la condena impuesta por los delitos de homicidio, conspiración para cometer el delito grave y posesión ilegal de arma, pues resulta oportuno –como medida complementaria y previa a cualquier otra consideración– que el Estado requirente brinde las “seguridades” referidas en el artículo 11, inciso e) de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Vuelven los presentes a conocimiento de V.E. a raíz de la nueva sentencia dictada por el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal

y Correccional Federal N° 11 en la que concede parcialmente la extradición al Estado de Israel de Moshe Ben Ivgy.

La sentencia en cuestión (fs. 724/737vta.) admite la extradición para que cumpla el resto de la condena impuesta por los delitos de conspiración para cometer un delito grave, robo en grupo, tentativa de robo en grupo y destrucción de pruebas (pto. II) y la rechaza por el delito de fuga (pto. III) y por la condena impuesta por los delitos de homicidio, conspiración para cometer un delito grave y posesión ilegal de arma (pto. I).

Respecto al delito de fuga, el rechazo se funda en que no se verifica la doble subsunción.

En lo que hace a la condena por la que se rechazó la extradición, se dice que ésta habría violado el orden público argentino por cuanto fue dictada por un delito cometido por Moshe Ben Ivgy cuando tenía catorce años.

Apelan la sentencia el fiscal de la instancia (respecto del punto III), los representantes del Estado de Israel (puntos I y III) y la defensa del nombrado (punto II).

– II –

El Tribunal ha tenido ocasión de expedirse sobre la inadmisibilidad de la extradición por ausencia del requisito de la doble subsunción, en los supuestos de fuga en que el hecho se cometió sin fuerza ni violencia.

Según se dijo en el precedente “Báez” (Fallos: 326:991) “resulta irrazonable perseguir a quién, estando en libertad, se sustrae a una potencial detención cuando, por otro lado, en virtud del art. 280 del Código Penal, es impune quien se evade de la prisión en que se encuentra, siempre que no ejerza violencia o fuerza en las cosas” (del punto VII del dictamen de esta Procuración, que la Corte compartió e hizo suyo).

En concordancia con este criterio, no habré de sostener la extradición respecto de este hecho.

Para ello tengo en especial consideración que, si bien la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (ley 24.767) impone a

este Ministerio Público Fiscal el deber de “representar el interés por la extradición”, esta tarea debe conjugarse con la defensa de la legalidad que la Constitución Nacional pone en cabeza de los fiscales (artículo 120). Máxime cuando –como en el caso– las pretensiones del Estado requirente se encuentran adecuadamente salvaguardadas con la intervención de su representante, tal como lo permite el artículo 25 de la ley 24.767.

– III –

Los representantes del Estado requirente sostienen que el impedimento establecido en la ley 24.767 (aplicable a esta extradición ante la ausencia de tratado), según el cual la extradición no debe ser concedida cuando la persona sería considerada inimputable por razón de la edad si cometiere el delito en la Argentina (artículo 11.c) se aplica a los supuestos de extradición de un procesado, pero no –como este caso– cuando se lo pide para que cumpla (o termine de cumplir) una condena firme.

De tal forma, afirman que la excepción en cuestión sería una aplicación particular del principio de reciprocidad, según el cual un país no está obligado a entregar una persona cuando no podría reclamarla en las mismas condiciones. Y como la Argentina no puede pedir la extradición de un menor de catorce años porque su orden público interno le impide someterlo a proceso, es razonable que no acepte entregarlo en las mismas condiciones. Distinta sería la situación cuando se requiere la extradición por una condena firme. En estos casos la regla –se dice– debe ceder porque, de lo contrario, resultaría una intromisión en la soberanía de un Estado extranjero, al cuestionarse actos dictados regularmente por sus autoridades.

Este es el *iter* argumental de los representantes del Estado requirente. Se funda principalmente en el respeto de los actos regularmente realizados por un Estado extranjero de acuerdo a sus leyes, aún cuando no coincidan exactamente con los modos y prescripciones de nuestro orden jurídico; esto es, en la confianza que depositan los Estados contratantes en que los tribunales del país requirente aplicaron y han de aplicar con justicia la ley de la tierra (Fallos: 329:1245).

Además, la postura del Estado requirente considera que la existencia de diferencias en el modo de regular un instituto jurídico, no implica

necesariamente que estas soluciones diferentes sean contrarias al orden público criminal de la Nación (doctrina de Fallos: 323:3680).

Adviértase, en este sentido, que la imposición de penas a menores de edad no es una prohibición absoluta en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que el Estado de Israel observa el orden público tal como se entiende y lo han aprehendido los organismos internacionales encargados de la salvaguarda y aplicación de los instrumentos de protección de los derechos de los menores.

Así, en las llamadas “Reglas de Beijing” (*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985) se establece que: “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” (artículo 4.1).

Es decir, la única limitación es que el mínimo no debe fijarse en la niñez edad temprana, sino siguiendo criterios psicológicos en cuanto a la madurez de los menores.

Precisamente en el comentario a este artículo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos reafirma esta idea: “La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido...” (cfr. www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm).

Y el Comité para los Derechos del Niño considera una edad mínima “internacionalmente aceptable” la de doce años (cfr. CRC/C/GC/10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”, pto. 32; 25 de abril de 2007).

Desde este punto de vista, entonces, no aparece como desacertado ceñir la interpretación del artículo 11.c de la ley 24.767 a los menores procesados tal como lo postulan los representantes del Estado requiriente pues, en definitiva, tratándose de una limitación a la prestación de la ayuda internacional solicitada, su interpretación debe tener carácter restrictivo.

Opino, por lo tanto, que corresponde revocar la sentencia en este aspecto.

– IV –

Por su parte, la defensa, esgrimió los siguientes agravios:

a) que la sentencia recurrida es nula toda vez que la dictada con anterioridad por V.E. dio por finalizada la cuestión mediante una resolución devenida en cosa juzgada;

b) que la falta de apelación fiscal contra el rechazo de la extradición por la condena recaída cuando el extraditable era menor de edad, impide el recurso de los representantes del Estado de Israel;

c) que siendo inválida la condena dictada por el delito cometido durante la minoridad del extraditable, debería considerarse cumplida la pena de la segunda condena, si tenemos en cuenta que éste ha permanecido en prisión más de cinco años;

d) que el Estado de Israel no puede ofrecer reciprocidad por cuanto su orden jurídico impide absolutamente la extradición de sus nacionales;

e) que no se ha acompañado la traducción del artículo 45 del Código Penal israelí –que fija que, ante la existencia de más de una condena, las penas deben cumplirse de modo sucesivo– sino una exposición sobre el tema realizado por la fiscalía israelí, a la que tilda de falsa;

f) que no se ha cumplido con el requisito del artículo 13.e de la ley 24.767 por cuanto el Estado de Israel se limitó a comprometerse a computar el tiempo de detención en la Argentina respecto del delito de fuga;

g) que no se verifica el requisito de la doble subsunción para los delitos de conspiración para cometer delitos y destrucción de pruebas;

h) que la ampliación de la extradición a los delitos de menor entidad, si bien está permitida por la ley, no es de aplicación automática por lo que el sentenciante debió dar razones al incluirlos en la extradición;

i) que resultaría aplicable la excepción a la extradición del artículo 8° de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal. Señala, como sustento de este agravio, que ha iniciado en el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (C.E.PA.RE.) un pedido de refugio político.

– V –

No coincido con la afirmación de la defensa de que la sentencia recurrida es nula porque la Corte ya rechazó la extradición.

En este sentido, debe tenerse en especial consideración que la extradición posee singulares características, ya que no constituye un juicio en sentido estricto (Fallos: 323:1755). En consecuencia, si particular es el proceso, particular también será la sentencia que en él recaiga. Es demostrativo de ello, por ejemplo, la circunstancia de que sea recurrible mediante apelación ordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 33 de la ley 24.767: es la única cuestión en materia penal –aunque *sui generis*– que admite este recurso).

Pero por sobre todas las cosas es resaltable su condición esencialmente revocable; y no sólo por un órgano judicial superior, como es lo usual. Según dice el artículo 36: “sin perjuicio de que el tribunal hubiese declarado procedente la extradición, el Poder Ejecutivo resolverá su denegatoria si las circunstancias en ese momento hicieran aplicables las causas previstas en los artículos 3° y 10, o cuando haga lugar a la opción del nacional en el caso previsto por el último párrafo del artículo 12...”. Como se advierte, más allá de la decisión del juez, aún el Poder Ejecutivo conserva la potestad de apartarse de la sentencia.

Ello es así porque la sentencia de extradición no constituye una decisión última respecto de esa persona o ese hecho: sólo alcanza a declarar que un pedido en particular reúne (o no) los requisitos exigidos por la ley o el tratado. Así lo tiene dicho la Corte: “la sentencia denegatoria de la extradición no impide que se reabra la instancia con nuevos

documentos y nuevas pruebas, si el rechazo se fundó en el defecto o insuficiencia de las piezas presentadas” (Fallos: 319:1427; 320:1835).

Y si la reedición de la extradición es posible en algunos supuestos, con mayor razón lo será en un caso como el presente, en que el Estado de Israel se limitó a completar el pedido formal de extradición mediante la remisión de la “resolución judicial” (artículo 13.d de la ley 24.767) que faltaba.

Esto es precisamente lo que entendió V.E. puesto que, ante la presentación de esta Procuración en la que se daba cuenta del ingreso diplomático de los recaudos faltantes, dispuso la remisión de las actuaciones al juez de la instancia (P 167.XLIII *in re* “Procurador Fiscal s/su presentación en relación a los autos M 589 L. XLI ‘Moshe Ben Ivgv’ y A 536 L. XLI ‘Akrishevski Erez’” del 20 de marzo de 2007). Y si luego declaró nula la sentencia de extradición, los argumentos para tal decisión giraron en torno a la violación de la garantía de defensa en juicio por haberse dictado la nueva sentencia *inaudita parte*, sin otorgar la posibilidad de alegar sobre la nueva prueba introducida en el proceso (M 420.XLIII *in re* “Moshe Ben Ivgv –detenido U-2 Devoto–s/extradición”, rta. el 12 de junio de 2007).

En definitiva, la sentencia podrá ser acertada o desacertada, podrá compartirse o no sus conclusiones, pero en modo alguno se la puede tildar de nula, toda vez que fue el Tribunal quien ordenó que el juez de la extradición emitiera una conclusión respecto de la nueva documentación remitida por Israel. Actividad judicial que, como todo procedimiento, ha de concluir con una decisión jurisdiccional: en el caso, una sentencia.

– VI –

La alegada inadmisibilidad de la apelación de los representantes del Estado requirente contra el punto I de la sentencia por falta de recurso fiscal debe ser rechazada, porque se ha partido de la premisa errónea de que la condición de los representantes del Estado requirente es idéntica a la del querellante en el proceso penal.

Es errónea porque la ley 24.767 se limita a expresar que el Estado requirente actuará como “parte en el trámite judicial” (artículo 25, segundo párrafo) y a partir de este texto, en “Drach” (Fallos: 323:1755), el Tribunal desechó la asimilación de la intervención del Estado en la

extradición con la institución del querellante en el proceso penal, ya que esta última supone la del particular ofendido por un delito (artículo 82 del Código Procesal Penal), condición que no reúne, por cierto, el Estado que solicita la extradición, que sólo busca el sometimiento de la persona reclamada a la justicia de su país.

Surge de este precedente que no existe razón para supeditar la actividad de Estado requirente al ejercicio de la acción fiscal, por cuanto tienen un objetivo diferente: mientras que el Ministerio Público Fiscal tiene la misión (a la par que la del artículo 120 CN) de velar por el “interés de la extradición” entendido como el deber de la Argentina de prestar rápida y eficazmente auxilio internacional en la lucha contra el delito, el Estado extranjero tiene el muy concreto objetivo de obtener “el juzgamiento de todos los delitos que son de su competencia” (Fallos: 311:1925, considerando 12°).

Ahora bien, resultaría contradictorio sostener, de un lado, que el Estado requirente puede participar del proceso de extradición y, del otro, prohibirle ejercer las potestades ínsitas a esta participación, como es la de recurrir la sentencia.

– VII –

El agravio que pretende dar por cumplida la pena impuesta a Moshe Ben Ivgy sobre la base de la alegada invalidez de la primera condena, cae si se tiene en cuenta que –como se dijo *supra*– la extradición por el delito cometido durante la minoría de edad es admisible.

Sin embargo, aún concediendo –por vía de hipótesis– la exclusión de la extradición por esos hechos, en nada se modifica la eficacia del pedido por la segunda condena. Ello porque el argumento de la defensa parte de un razonamiento falaz.

Los artículos 8 y 11 de la ley 24.767, en cuanto proscriben la extradición en determinados supuestos, nada dicen (ni podrían hacerlo) sobre la validez de los actos extranjeros que sirven de fundamento al pedido: lo único que afirman es que, si se constatan algunas de las circunstancias allí enumeradas, la República Argentina negará la ayuda internacional.

Pero denegar el auxilio es una cosa, y considerar nula una sentencia extranjera es otra muy distinta.

En efecto, sostener que si la solución normativa extranjera es diferente a la nacional, ésta debe prevalecer sobre aquélla implica tanto como descalificar gravemente un procedimiento extranjero, con potencial menoscabo de las buenas relaciones bilaterales con el Estado requirente (B 1662.XLI *in re* “Bossa, Edgardo Gustavo s/extradición”, rta. el 2 de noviembre de 2007). Si éste admite la prisión de quienes para la Argentina son menores de edad, la sentencia dictada en esas condiciones es incontestablemente válida en el Estado extranjero y, por lo tanto, cumple con todos los efectos propios de una sentencia condenatoria.

Por eso no es legítimo este razonamiento de la defensa, que pretende excluir todas las consecuencias de su dictado como si fuera una sentencia de un juez argentino anulada en una instancia superior. Hacerlo implicaría que los jueces argentinos pueden inmiscuirse en un sistema jurídico extranjero y, en concreto, declarar la nulidad de actos dictados por autoridades de otro país. Afirmar tal cosa conllevaría una clara afectación de la soberanía del Estado requirente, lo que resulta a todas luces insostenible.

– VIII –

Tampoco el argumento sobre la ausencia de reciprocidad puede prosperar. En primer lugar, porque carece de fundamento suficiente, ya que la defensa se limitó a afirmar ciertas circunstancias (tales como que el Estado de Israel no extradita a sus nacionales) sin sustentarlas en datos objetivos, ni proponer –en el momento oportuno– las medidas de prueba correspondientes: sabido es que el derecho extranjero es –a los efectos procesales– un hecho que debe ser probado.

Además, toda la argumentación está construida sobre una base errónea.

La defensa señala que, así como Israel no extradita a sus nacionales, Argentina tampoco tendría que hacerlo. Esto puede ser correcto, pero la cuestión en nada influye en lo que aquí nos ocupa: Moshe Ben Ivgy es ciudadano israelí, por lo que la situación recíproca (respecto de la cual se exige el compromiso) la constituiría el supuesto de que un ciudadano argentino sea arrestado en Israel. Y en ese caso –aún estando a las afirmaciones no probadas de la defensa– la extradición sería admisible.

Y el hecho (tampoco probado) de que cualquier persona de origen judío adquiere *per se* la ciudadanía israelí no cambia lo afirmado precedentemente.

Sin perjuicio de ello, el Estado de Israel, concretamente, prometió reciprocidad para casos análogos (cfr. fs. 143 y su traducción a fs. 155), tal como exige la ley 24.767 (artículo 3º). Y esta promesa resulta suficiente para dar por cumplido el requisito en el marco del proceso judicial de extradición.

El Tribunal ha tenido ocasión de destacar que la ponderación del cumplimiento o incumplimiento del compromiso de reciprocidad es una cuestión que excede las potestades del Poder Judicial y pertenece –de manera exclusiva– a los poderes del Estado a los que constitucionalmente se les ha asignado esta atribución (Fallos: 328:3193).

– IX –

No es cierto que el Estado requirente tenga que acompañar copia de la normativa en la cual se fija el modo de cumplimiento de la condena.

La genérica exigencia del artículo 13.e de la ley 24.767 de acompañar el “[t]exto de las normas penales y procesales aplicables al caso” –cuyo incumplimiento la defensa invoca– se relaciona con pedidos de extradición de un imputado.

Respecto de los condenados, resulta aplicable el artículo siguiente (el 14), que establece que el Estado requirente deberá acompañar, en lo que aquí interesa: “Información acerca del cómputo de la pena que resta ser cumplida y [una] explicación de las razones por las cuales la pena no se encuentra extinguida”.

Como se advierte por los términos subrayados, basta con que el “Estado requirente” (y con esta expresión se refiere a cualquier órgano del Estado, también a los fiscales) exponga los motivos por los cuales la pena se encuentra vigente, sin necesidad de acompañar normativa alguna.

En síntesis, este agravio olvida que no es posible admitir requisitos no incluidos en el acuerdo internacional, a fin de no afectar el principio

pacta sunt servanda y las reglas de interpretación de los artículos 26, 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Fallos: 326:991, entre muchos otros).

Así, las explicaciones ofrecidas por los fiscales israelíes resultan suficientes y, además, debe considerárselas válidas y veraces, tal como lo establece el artículo 4º de la ley 24.767: “... La presentación en forma de los documentos hará presumir la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a que se refieran”. De allí que la queja de la defensa sobre la supuesta interpretación tergiversada de sus normas que, según afirma, habrían presentado los fiscales israelíes es a todas luces insustancial.

– X –

Tampoco la supuesta omisión de cumplir con el compromiso que establece el artículo 11.e de la ley 24.767 es motivo suficiente para rechazar la extradición, porque el Estado de Israel se comprometió a computar el tiempo de detención que Moshe Ben Ivgy sufrió en la Argentina.

Y si bien es cierto –como señala la defensa– que este compromiso se circunscribió a la pena que eventualmente se le aplicaría por el delito de evasión (cuya extradición rechazó el juez de la instancia) esta suerte de “incumplimiento sobreviniente” ocasionado por el rechazo de la extradición por este delito en modo alguno le es atribuible.

Si, como se dice en el pedido, las condenas en Israel se cumplen de modo sucesivo, es razonable que el Estado requirente circunscriba su compromiso a uno de los delitos que integró la extradición. En consecuencia, si bien es cierto que al habérsela rechazado por el delito de evasión el compromiso asumido carecería hoy de efectos, ello no conduce a la conclusión de que no tiene valor alguno: el Estado requirente no podía saber que su compromiso no resultaría suficiente por la denegatoria parcial.

Por lo que, a mi juicio, podrá V.E. conceder la extradición supeditándola a la obtención, por parte del Poder Ejecutivo, del mencionado compromiso o, en su caso, suspender su decisión hasta que el compromiso sea recabado.

– XI –

Al contrario de lo que afirma la defensa, considero que tanto el delito de “conspiración” (artículo 499 de la Ley Penal del Estado Israe1) como el de destrucción de pruebas (artículo 242) cumplen con el requisito de la doble subsunción.

Para ello, debe tenerse presente que para juzgar la existencia de doble incriminación los tribunales del país requerido no están afectados por la calificación o el *nomen iuris* del delito, sino que lo decisivo es la sustancia de la infracción (Fallos: 326:4415). Lo relevante es que las normas penales del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción (Fallos: 329:4891).

Según se dice en el requerimiento formal de extradición “a principios de enero de 1994, Ben Ivgi y Alony, quienes en ese momento tenían sólo 14 años, conspiraron para cometer un homicidio. A fin de llevar adelante esa conspiración obtuvieron un arma y balas en forma ilegal” (fs. 147); y “[m]ientras se encontraban en cumplimiento de dicha condena, [Ben Ivgi y Alony] conspiraron para robar a individuos y comercios de alto poder adquisitivo en la ciudad de Herzelia, donde residen sus familias” (fs. 148).

Estas conductas encontrarían subsunción legal en nuestro ordenamiento en el delito de asociación ilícita (artículo 210 del Código Penal). Se advierte por la descripción de los hechos que Moshe Ben Ivgy se habría asociado con Alony para realizar un número indeterminado de delitos y, como es sabido, esta concertación entre varias personas para cometer delitos es independiente de los efectivamente cometidos, y característico del tipo penal de la asociación ilícita tal cual está receptado en el ordenamiento punitivo nacional.

La equiparación de la figura de la confabulación con el delito de asociación ilícita, a los efectos de la extradición, no es extraña a la jurisprudencia de la Corte (Fallos: 325:2777). Y si bien es cierto que la figura argentina exige la intervención de tres o más personas, esta diferencia normativa en nada afecta la “sustancia de la infracción”, que resulta del hecho de asociarse, siendo la cantidad de personas un dato irrelevante.

También el hecho calificado como “destrucción de pruebas” en el orden punitivo israelí tiene su correlato en nuestra legislación.

Según el pedido formal de extradición esta imputación se correspondería con el hecho de que Moshe Ben Ivgy, ante la inminencia de ser apresado por la policía, ocultó las armas con las que había cometido los delitos por lo que se lo buscaba.

Así relatado, su accionar podría subsumirse *prima facie* en el delito previsto y reprimido por el artículo 255 del Código Penal.

La diferencia entre el tipo penal argentino y el israelí es que el segundo contempla un ámbito mayor de punibilidad, por cuanto no sólo es punible la acción de ocultar o destruir un elemento de prueba sino que también lo es cuando el objeto destruido u ocultado podría ser utilizado como prueba (“...*is or may be required as evidence in a judicial proceeding...*”, dice el artículo 242).

Existen, como se ve, ciertas diferencias entre los tipos penales. Si bien ambos se dirigen a la prohibición de alterar, destruir u ocultar un elemento de prueba, en el caso argentino este objeto debe tener ya la condición de prueba, mientras que en Israel basta con que pueda llegar a tenerla.

Por ello, esta discordancia tampoco alcanza a afectar la “sustancia de la infracción”, conforme la jurisprudencia de la Corte sobre la materia, ya que la prohibición, en ambos casos, se dirige en sustancia a la protección de la eficacia en la administración de justicia, previendo, tan sólo, elementos típicos distintos.

– XII –

Si bien es cierto que la ley 24.767 parece dejar librado a criterio del juez la decisión de ampliar la extradición a delitos de menor entidad cuando concurren con alguno que cumple con los requisitos normativos, no advierto que la defensa haya expuesto motivos de peso para negar esta ampliación.

Sólo se limitó a pedir que el Tribunal rechace la extradición por estos delitos “para evitar la muerte de Moshe Ben Ivgy”, o porque “así lo aconsejan todas las otras cuestiones planteadas aquí”, o “porque la regla general es el rechazo en caso de no darse la doble subsunción”. Como se ve, esta argumentación tan solo reconduce a los demás agravios del recurso, sin proponer un criterio objetivo que justifique una decisión denegatoria para algunos delitos.

En consecuencia, no existen motivos para apartarse de la opinión del Tribunal de que la fijación de un umbral mínimo de punibilidad para conceder la extradición se explica según el propósito de excluir la posibilidad de reclamos para aquellos delitos de menor gravedad que no justifican trámites internacionales de este tipo (Fallos: 327:4168 y, recientemente, S 774.XLI *in re* “Soriano, José Luis *s/extradición*” rta. el 28 de agosto de 2007). Y, en este caso, la decisión del juez se justifica por la especial gravedad de los delitos “principales” (homicidio y robo con armas).

Además, no debe perderse de vista que el proceso de extradición es reglamentario del artículo 14 de la Constitución Nacional dado que importa excepciones a la libertad de entrar, permanecer y salir del país (doctrina de Fallos: 318:2148, 321:1409 y 323:3749), derecho que será jurídicamente restringido por la sola admisión del extrañamiento por el delito de mayor gravedad, por lo que la consiguiente aceptación de los otros no pone en juego ningún derecho subjetivo que no se haya visto ya legalmente coartado.

– XIII –

La defensa pide el rechazo de la extradición fundado en los impedimentos de los incisos d y e del artículo 8º de la ley 24.767. Refiere que el extraditable se ha convertido en “uno de los criminales más famosos del Estado de Israel” por su corta edad al momento de cometer los delitos.

Dice, en este sentido, que la aplicación de la condena a Moshe Ben Ivgy tiene –por parte del Estado requirente– una función “ejemplificadora” para la juventud de Israel. Esto, afirma, implica que su intención al requerir la extradición está fundada en razones persecutorias, y conllevará el sometimiento del extraditable a “una situación inhumana”. Esta circunstancia lo asimila, al decir de la defensa, a un perseguido político.

En sostén de este agravio, refiere la defensa que Moshe Ben Ivgy presentó un pedido de asilo ante el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (C.E.PA.RE.).

Sin perjuicio de ello, así como están relatados los hechos, es claro que la situación no parece tener las connotaciones políticas que, indu-

dablemente, es preciso detectar para que resulte aplicable la excepción del artículo 8.d de la ley 24.767.

Se exige en la norma que, o el delito o la actividad estatal al requerir la extradición tenga una clara connotación persecutoria, no por la comisión de un ilícito determinado sino por la pertenencia del individuo a un grupo o un ideario disidente de las políticas del gobierno del Estado requirente.

En cambio, sí podría encuadrarse la descripción de la defensa con la excepción del inciso “e” del mismo artículo; esto es, con el peligro de que el extraditable sea sometido a tratos inhumanos. Pero tampoco es éste el caso; y la situación es sustancialmente análoga a la resuelta por V.E. en “Carro Córdoba” (C 4208.XLI; rta. el 3 de mayo de 2007). Allí, el extraditable alegaba su temor a verse sometido a torturas en función de la trascendencia pública que había adquirido su crimen en el Estado requirente.

En consecuencia, estimo que la solución a adoptar aquí debe ser, también, la misma: aplicar, *mutatis mutandi*, la regla que la ley 24.767 fija para recabar información adicional (artículo 31) y “comunicar de inmediato al juez de la causa extranjera lo aquí resuelto acompañando los antecedentes del caso y hacerle saber que dispone de un plazo —que el juez [de la extradición] fijará dentro del margen que consagra [la ley 24.767]— para informar acerca de las medidas adoptadas y/o a adoptar para investigar el cuadro de situación denunciado. Y, en su caso, garantizar que la entrega y permanencia del requerido en el país extranjero se lleve a cabo en condiciones que salvaguarden su integridad” (del considerando 6°).

Ahora bien, conforme el criterio asentado por V.E. en “Barhoumi” (SC B 868.XLII; rta. el 1 de abril de 2008), correspondería suspender este recurso “hasta tanto medie decisión firme del Poder Ejecutivo Nacional en punto al refugio solicitado”, sin perjuicio de que si estimare conveniente, en miras a los fines de la tutela judicial efectiva de la persona del requerido, a mi modo de ver V.E. se encontraría habilitada, según el entendimiento literal de los artículos 14 de la ley 26.165 y 36 de la ley 24.767, para proseguirlo arribando a la decisión definitiva, dejando la decisión de su ejecución —en su caso— al Poder Ejecutivo, donde se sustancia el trámite de asilo.

– XIV –

Por lo expuesto, a mi juicio corresponde confirmar los puntos II y III, y revocar el punto I de la sentencia apelada, sin perjuicio de aplicar lo señalado en el punto XIII *in fine* del presente. Buenos Aires, 13 de mayo de 2008. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 13 de julio de 2010.

Vistos los autos: “Moshe, Ben Ivgy s/ extradición”.

Considerando:

1º) Que, en el dictamen que antecede, el señor Procurador Fiscal supeditó la eventual concesión de la extradición de Moshe Ben Ivgy a la obtención, por parte del Poder Ejecutivo, de las “seguridades” contempladas por el artículo 11, inciso e de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal; o en su caso, suspender la decisión hasta tanto tal compromiso sea recabado (conf. dictamen obrante a fs. 801/809, acápite X en conceptos análogos a los que había vertido a fs. 470/474, en especial fs. 473 vta.).

2º) Que el citado precepto legal consagra que la extradición no será concedida si el Estado requirente no diere seguridades de que se computará el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento.

3º) Que, por ende, el Tribunal considera oportuno –como medida complementaria y previa a cualquier otra consideración– que el Estado de Israel brinde las “seguridades” antes referidas.

4º) Que, a dichos efectos, parece propicio devolver las actuaciones al juez de la causa para que dé cumplimiento a lo aquí resuelto ha-

ciéndole saber al país requirente el tiempo de privación de libertad a la que efectivamente estuvo sujeto Moshe Ben Ivgy en este trámite de extradición, con la aclaración de si ello fue en forma conjunta o exclusiva con el sometimiento a proceso por hechos juzgados y/o condenas ejecutadas en jurisdicción de la República Argentina.

Por ello, de conformidad en lo pertinente con lo solicitado por el señor Procurador Fiscal, esta Corte Suprema resuelve: Suspender el trámite de los recursos de apelación interpuestos en autos y devolver la causa al tribunal de origen para que dé cumplimiento a lo aquí dispuesto. Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al juez de la causa.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

CHRISTOPHE ALAIN LAURENT PERRIOD

EXTRADICION.

Corresponde desestimar la nulidad planteada contra la decisión que declaró procedente la extradición solicitada si constituye –en lo sustancial– mera reiteración de la que ya fue ventilada en el trámite de extradición, debidamente considerada por el *a quo* de forma ajustada a derecho y a la ley de cooperación internacional en materia penal N° 24.767, sin que la parte se hiciera cargo de refutar las razones brindadas.

EXTRADICION.

Ante el silencio del legislador argentino en punto a calificar la “resolución judicial” que “ordenó el libramiento de la solicitud de extradición” del art. 13, inc. d) de la ley 24.767, no se advierten reparos para que a ese sólo efecto y con ese exclusivo alcance, se adopte la interpretación de “autoridad judicial” que ofrece la Decisión Marco relativa a la orden de detención y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros, dictada el 13 de junio de 2002 por el Consejo de la Unión Europea e implementada en el derecho francés mediante la sanción de la ley francesa N° 2004-204 del 9 de marzo de 2004, según la información proporcionada por los Estados Miembros a la Secretaría General del Consejo sobre el punto (art. 6.3. de la citada Decisión), y que en el caso fue presentada por el Teniente Fiscal de la República de Francia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Posadas, que concedió la extradición de Christophe Alain Laurent Perriod, requerida por las autoridades de la República de Francia, la defensa interpuso recurso ordinario de apelación, concedido a fojas 399.

A fojas 427/435 el defensor presentó el memorial del que V.E. corre vista.

– II –

Funda su impugnación a lo dispuesto por el tribunal *a quo* en las siguientes consideraciones: 1. que las órdenes por las cuales se solicita la entrega y la detención internacional del requerido, no satisfacen la exigencia de resolución judicial prevista en el artículo 13.d de la Ley 24.767, por cuanto emanan de un fiscal; 2. que los documentos acompañados al pedido formal de extradición no se encuentran traducidos en su totalidad, ni autenticados; 3. que al haberse solicitado la extradición en virtud de una condena dictada en rebeldía, que no es válida para el ordenamiento argentino, la requisitoria debe ajustarse a las exigencias previstas para aquéllas referidas a los imputados; 4. que la descripción de los hechos realizada por las autoridades francesas es deficiente y que al supuesto momento de su consumación el requerido se encontraba detenido, por lo que mal pudo haberlos cometido; 5. que no se acompañaron las copias de los textos legales aplicables, en particular las referidas a la prescripción; 6. que la condena fue dictada en rebeldía, violando la garantía de la defensa en juicio, y no se brindaron garantías suficientes de acuerdo a lo previsto por el artículo 11.d de la ley 24.767; y 7. que habrían existido irregularidades en la celebración de la audiencia contemplada por el artículo 27 de la mencionada ley.

– III –

Como primera medida, atendiendo a que la defensa discrepa con el criterio del juzgador en cuanto consideró a la requisitoria como

referida a la entrega de una persona condenada, cuando, a su entender, por haber sido ésta dictada en rebeldía, debe estarse a las disposiciones previstas para el supuesto de un imputado, estimo que es necesario determinar ese extremo previo a resolver los restantes agravios, en virtud de que la solución en ellos variará dependiendo de si al caso se aplican los requisitos contemplados para un imputado o un condenado.

Y si bien surge del pedido formal que se requiere a Perriod en virtud de una condena dictada en rebeldía, ese es expresamente uno de los supuestos que la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley 24.767; aplicable al presente trámite en virtud del artículo 2º) contempla dentro de las hipótesis en que se solicita la extradición de un condenado (artículo 14).

Zanjada esta cuestión, procederé a analizar los restantes agravios traídos por la defensa.

– IV –

Sostiene la defensa que debe rechazarse la colaboración internacional solicitada por cuanto, a su entender, el Estado requirente no habría cumplido en remitir las exigencias previstas por el artículo 13.d de la ley 24.767.

Dice el artículo citado, en lo pertinente: “*La solicitud de extradición de un **imputado** debe contener: ... d) testimonio o fotocopia autenticada de la resolución judicial que dispuso la detención del procesado, con explicación de los motivos por los que se sospecha que la persona requerida habría tomado parte en el delito, y de la que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición*”.

Pero, como refiriera *ut supra*, yerra cuando alude a esa exigencia por cuanto, conforme surge del pedido formal de extradición, a Perriod no se lo busca para enfrentar un proceso judicial en la República de Francia sino para que le sea impuesta una condena. Esto es, se lo requiere en calidad de condenado, no de imputado.

Situación procesal que se encuentra regulada en la ley nacional de extradiciones en el artículo siguiente, donde se prevén condiciones específicas que debe reunir la solicitud de extradición de un penado.

El equívoco del recurrente, a mi juicio, radica en el alcance que le otorga a lo dispuesto en el acápite referido, en cuanto prevé que la requisitoria de un sentenciado, además de contener las particularidades allí descriptas, “*se ajustará a lo dispuesto en el artículo anterior*” (artículo 14).

En este sentido, surge a simple vista que la finalidad de la norma es que sean compatibilizados los requisitos previstos de forma especial para el caso en que se requiera la entrega de un condenado con aquéllos no específicos contemplados en el supuesto de un imputado; y no adunados, como intenta la defensa, sin distinción de su pertinencia.

Pues bien, a fin de dilucidar cuáles son las exigencias que deben acompañarse en trámites como el presente, corresponde remitirse a lo dispuesto en la norma nacional.

En el supuesto de los imputados (artículo 13) se imponen a las autoridades requirentes las siguientes condiciones: que describan el hecho delictivo (inciso a) y su tipificación legal (inciso b); que brinden un fundamento de su competencia y de la subsistencia de la acción penal (inciso c); que acompañen las resoluciones judiciales por las que se ordena la detención y se ruega la entrega (inciso d), el texto de las normas penales y procesales pertinentes (inciso e) y los datos conocidos que permitan identificar al reclamado (inciso f).

Exigencias que varían, en lo específico, en el caso de un penado (artículo 14), en el cual se solicita: que se acompañe la sentencia judicial que impuso la condena (inciso a), con la seguridad de que no fue dictada en rebeldía y que se encuentra firme (inciso b), más la información del cómputo de la pena que resta ser cumplida (inciso c) y la explicación de las razones por las cuales continúa vigente (inciso d).

Realizando un somero análisis de lo mencionado se advierte que la interpretación propiciada por la defensa no puede prosperar, por cuanto las resoluciones judiciales requeridas en el artículo 13.d –orden de detención y solicitud de extradición– son exigencias propias del extrañamiento de una persona imputada.

En este sentido, no puede pretenderse que deban ser igualmente acompañadas en el caso de un penado, cuando aquéllas son ínsitas a la sentencia judicial que impone una condena.

En virtud de lo mencionado, entiendo que no debe hacerse lugar a lo petitionado por la defensa.

– V –

Aduce la defensa que la traducción de las piezas acompañadas al pedido formal de extradición es deficiente.

Para ello se remite a la traducción que realizara el perito propuesto por esa parte, de donde surgen diversos errores que, a su entender, viciarían de nulidad absoluta la solicitud de extradición.

Pues bien, el presente agravio es una reiteración de lo analizado en el incidente “Perriod, Christophe Alain Laurent s/recurso de apelación en expte. N° 3–2975/05– ‘De la Cruz Rodríguez, Ricardo s/solicita cese de arresto provisorio y planteo de nulidad’” –que obra agregado al presente– donde el magistrado *a quo*, teniendo en consideración las falencias señaladas por el perito traductor (fojas 2/5) y lo manifestado por él al ratificar su presentación (fojas 18), declaró la nulidad parcial de la traducción, dando validez, en lo pertinente, a la realizada por el experto de la defensa.

De esta forma, al ser el planteo una mera reiteración de lo ya ventilado en el procedimiento de extradición, sin que la parte se hiciera mínimamente cargo de desestimar lo decidido por el juez en aquella oportunidad, estimo que no debe hacerse lugar a lo solicitado.

Igualmente debe rechazarse el cuestionamiento de la recurrente en cuanto a la autenticidad de la documentación agregada al pedido formal de extrañamiento.

A este respecto, la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767), es suficientemente clara en cuanto a que “la presentación en forma de los documentos hará presumir la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a que se refieran” (artículo 4).

Y la Corte tiene dicho largamente que dada la intervención de las autoridades extranjeras que solicitan la extradición y del Ministerio de Relaciones Exteriores que le dio curso, debe entenderse que los documentos gozan de autenticidad suficiente (Fallos: 316:1812 y 326:991).

– VI –

Ataca la defensa la descripción de los hechos delictivos por los que se condena a Perriod, puesto que, a su entender, no podría haberlos perpetrado, ya que al momento de su comisión se encontraba detenido.

Pero olvida la recurrente lo preceptuado por la ley 24.767, en cuanto establece que “...en el juicio no se podrá discutir acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido, restringiéndose el debate a las condiciones exigidas por esta ley, con exclusión de las que surgen de los arts. 3º, 5º y 10” (artículo 30).

De esta forma, al estar vedado al juez *a quo* conocer del fondo del asunto, y en especial, sobre la culpabilidad o inculpabilidad de la persona reclamada (Fallos: 331:2249), estimo que el agravio introducido por la defensa debe ser resuelto por las autoridades del país requirente, en el marco del proceso que origina la solicitud de colaboración internacional.

– VII –

Arguye la parte que las autoridades francesas omitieron remitir los textos de las normas aplicables al caso (artículo 13.e), en particular, las referidas a la prescripción.

Pero, contrariamente a lo sostenido por la defensa, “mientras no lo exijan expresamente el respectivo tratado o la legislación nacional, no es indispensable que el pedido de extradición contenga copia de las disposiciones legales del país requirente relativas a la prescripción de la acción o de la pena. La prueba de que ésta se ha operado incumbe a quien la alega, por tratarse de una excepción y de la existencia de una ley extranjera” (Fallos: 225:179).

En este sentido, la norma nacional exige que el estado requirente brinde una “explicación de las razones por las cuales la pena no se encuentra extinguida” (artículo 14.d), lo que se encuentra debidamente satisfecho a fojas 234.

– VIII –

Sostiene la defensa que el Estado requirente no garantizó debidamente que su pupilo podrá oponerse a la condena impuesta en rebeldía,

permitiéndole que ejerza su derecho de defensa y dictando, en consecuencia, un nuevo fallo (artículo 11.d de la ley 24.767).

Pero esto no es así. Obsérvese lo manifestado por la embajada foránea a fojas 167, donde se asegura “que el Sr. Perriod será juzgado contradictoriamente y prontamente, luego de su entrega a las autoridades francesas”, y lo que surge de los artículos de la ley de forma de ese país en cuanto al derecho que le asiste a la persona condenada en rebeldía a oponerse a dicha sentencia (fojas 183/184).

De esta forma, estimo adecuadas las seguridades brindadas por la nación que solicita la extradición.

En otro orden de ideas, la parte solicita que no se realice la entrega del extraditable en razón de que la sentencia por la cual se lo demanda fue dictada en rebeldía, violando su derecho de defensa.

Pues bien, a este respecto cabe recordar que la circunstancia de que haya sido impuesta una condena sin la presencia del imputado no constituye un óbice legal a la extradición. Muy por el contrario, el único requisito para que ésta proceda es que sean brindadas las garantías previstas por los artículos 11.d y 14.b de la ley 24.767, que fueron oportunamente acompañadas conforme refiriera anteriormente.

– IX –

Finalmente, la recurrente plantea la nulidad de la audiencia celebrada en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 27 de la ley 24.767 (fojas 21), y como consecuencia, de todo lo actuado con posterioridad.

Ello así, por cuanto, a su entender, se habrían incumplido las disposiciones de aquel artículo, violando el derecho de defensa de su pupilo, y, a su vez, en virtud de que la audiencia no fue oficiada por el juez de la extradición, sino que fue llevada a cabo por el instructor de la causa.

Sentado ello, previo a introducirme al análisis de lo argumentado, cabe realizar algunas consideraciones.

Más allá de que la defensa se queja por el incumplimiento de las formalidades prescriptas en el articulado citado en oportunidad de la audiencia celebrada a fojas 21, debo recordar que esa norma es de

aplicación una vez arribado el pedido formal de extrañamiento, lo que no había ocurrido aún en aquella ocasión, donde Perriod se encontraba a disposición de la justicia nacional en virtud de una solicitud de detención preventiva, para la cual son sustancialmente diferentes las previsiones normativas respecto del modo de su celebración (ver artículo 49 de la ley de extradiciones).

Sin perjuicio de lo mencionado, estimo que resulta importante resaltar lo sostenido largamente por el Tribunal, en cuanto a que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 324:1564).

A este respecto, la queja de la parte radica en que al momento de la celebración de dicha entrevista no le fue informado al requerido que se solicita su entrega en virtud de una sentencia dictada en su ausencia ni que para esos casos la legislación francesa prevé que el condenado puede oponerse a su imposición, siempre que ejerza ese derecho al momento de ser notificado por primera vez.

Pero, más allá de que mal puede cuestionarse si ha sido notificado de lo que no ha sido informado, son suficientemente claras las normas francesa y las aserciones de las autoridades de ese país, en cuanto a que Perriod será juzgado contradictoriamente y prontamente, luego de su entrega (ver fojas 167) y que el plazo para interponer la oposición, para el supuesto de una persona que se encuentra fuera del territorio del Estado solicitante, solamente empieza a correr a partir de su entrega o de su retorno a suelo francés (ver fojas 206, artículo 803-4).

En este sentido, entiendo que es inadmisibles el planteo de nulidad si el recurrente no señala de qué modo los intereses concretos de su pupilo han resultado afectados por los actos que pretenden impugnar, ni qué derechos se ha visto privado de ejercer, máxime si el agravio, lejos de poder ser invocado como una causal de nulidad del proceso, solo constituye un reproche a la viabilidad del pedido de extradición (Fallos: 324:1564).

– X –

En razón de lo expuesto, es mi opinión que corresponde confirmar la sentencia en todo cuanto fuera materia de apelación. Buenos Aires, 18 de diciembre de 2009. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 13 de julio de 2010.

Vistos los autos: “Perriod, Christophe Alain Laurent s/ extradición”.

Considerando:

1º) Que el señor Juez a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de Posadas, Provincia de Misiones, declaró procedente la extradición solicitada por la República de Francia respecto de Christophe Alain Laurent Perriod para ejecutar la pena residual de 5 años de prisión que le resta por cumplir de la de 6 años de prisión impuesta el 17 de junio de 2003 por los delitos de ocultamiento de bienes provenientes de robos reiterados, estafas realizadas en bandas organizadas, falsificación de escrituras públicas y documentos administrativos (fs. 387/395).

2º) Que, contra esa resolución, interpuso recurso de apelación ordinario la defensa del requerido (fs. 398) que, concedido (fs. 399), fue mantenido y fundado (fs. 427/435). A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia solicitó se confirmara la resolución apelada (fs. 437/441).

3º) Que corresponde desestimar la nulidad planteada por cuanto constituye –en lo sustancial– mera reiteración de la que ya fue ventilada en el trámite de extradición, debidamente considerada por el *a quo* de forma ajustada a derecho y a la ley de cooperación internacional en materia penal N° 24.767 que rige la entrega sin que la parte se hiciera cargo en esta instancia de refutar las razones brindadas. Ello surge, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, si se confronta el tenor de los argumentos desarrollados sobre el particular en el memorial de fs. 427/435 (aquí fs. 429 y 433/435) con los términos de la resolución apelada (fs. 387/395, en especial considerandos 17, 18, 19, 20, 21, 30 y 31).

4º) Que tampoco es admisible el reparo introducido en relación a la “seguridad” brindada por el país requirente a fs. 167 en el marco de lo

dispuesto por el artículo 14, inciso b de la ley citada. No se advierten elementos que apuntalen el planteo del recurrente que sólo se apoya en el alcance unívoco que le asigna a la voz “contradictoriamente”, soslayando que este vocablo bien podría reconocer el alcance que pretende si se tiene en cuenta lo manifestado por el país requirente a fs. 192 en el sentido de que “La oposición tiene por efecto por una parte anular la sentencia en rebeldía y por otra parte provocar un nuevo examen del caso” (conf. traducción a fs. 193).

5°) Que sentado ello, el Tribunal sostiene que la “orden de detención” obrante a fs. 121 y traducida a fs. 122, emitida el 17 de junio de 2003 por Françoise Carracha, en su carácter de Presidenta de la Sala de lo Correccional del Tribunal de Instancia Mayor de Grasse, Audiencia Territorial de Aix-en Provence, se ajusta al recaudo exigido por el inciso d del artículo 13 de la ley 24.767 de aplicación en supuestos como el de autos según las “particularidades” que fija el artículo 14 de la misma ley.

6°) Que esa “orden de detención”, lejos de ser sustituida –como alega la parte recurrente– mantuvo vigencia y fue trasladada al ámbito internacional mediante la emisión por el señor Jean Louis Moreau, Tente Fiscal de la República de Francia, Fiscalía de Grasse, de la orden europea de detención y entrega de fecha 1° de abril de 2004 dirigida contra Christophe Alain Laurent Perriod (conf. referencia a fs. 7). Ello con sustento en la Decisión Marco relativa a la orden de detención y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros, dictada el 13 de junio de 2002 por el Consejo de la Unión Europea y su implementación en el derecho francés mediante la sanción de la ley francesa N° 2004-204 del 9 de marzo de 2004 (conf. referencia obrante a fs. 4).

7°) Que los efectos de esa orden europea de detención y entrega dictada respecto de Christophe Alain Laurent Perriod se trasladaron al ámbito de la República Argentina a partir de su inserción en los boletines de la Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL) con la aclaración de que, a todo evento, la extradición sería presentada, vía diplomática, por la Fiscalía de Grasse (fs. 5). A resultados de ello tuvo lugar el arresto preventivo del requerido (artículo 44, inciso 3° de la ley 24.767 y constancias de fs. 1/8).

8°) Que, en el marco de estos antecedentes, la parte recurrente se agravia porque –a su juicio– la solicitud de extradición presentada en

sustento de este pedido es “manifiestamente” insuficiente para dar por cumplido el requisito de “resolución judicial” a los fines del artículo 13, inciso e de la ley 24.767 y conforme a la jurisprudencia de este Tribunal que cita.

9º) Que el Tribunal entiende que en el *sub lite* confluyen circunstancias diversas a las de los casos previamente resueltos y publicados en Fallos: 324:2603 (“Xu Zichi”); 328:3265 (“Cao”); 327:2892 y 5597 (“Andreev”); 328:1367 (“Smirnov”); 329:5861 (“Akrishevski”); 329:5879 (“Moshe Ben Ivgy”); 330:4172 (“Vitabar Albornoz”).

10) Que ello es así toda vez que, a diferencia de esos casos, la calificación de “resolución judicial” que cabe asignarle a la solicitud presentada por el señor Jean Louis Moreau, Teniente Fiscal de la República de Francia, Fiscalía de Grasse en sustento de este pedido de extradición no responde simplemente a una declaración unilateral efectuada por el país requirente y dirigida a justificar que el auto extranjero en cuestión fue dictado por una autoridad que deriva su competencia del derecho público de ese país (Fallos: 330:4172, considerando 11).

11) Que, por el contrario, esa calificación emana de la citada Decisión Marco conforme a la cual “La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y a la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad” (artículo 1.1.), siendo que necesariamente debe sustentarse en “...la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza...” (artículo 8.1.c.).

Asimismo, que “La autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado” (artículo 6.1.), siendo que “Cada Estado miembro informará a la Secretaría General del Consejo de la autoridad judicial competente con arreglo a su Derecho interno” (artículo 6.3.).

12) Que, a esta altura, parece necesario aclarar que la orden de detención europea constituye un mecanismo que descansa en un “grado de confianza elevado entre los Estados miembros” de la Unión Europea que, a su vez, es reflejo de la primera concreción en el ámbito del

derecho penal del principio del reconocimiento mutuo de sentencias judiciales que el Consejo Europeo ha calificado como “piedra angular” de la cooperación judicial y que tiene como fin “eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición” (considerandos de esa Decisión Marco).

Ello acorde con los postulados del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea y en un contexto de judicialización del trámite de extradición, en consonancia con los derechos fundamentales y los principios reconocidos en el artículo 6° del tratado de la Unión Europea(1) y reflejados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el Capítulo VI (conf. considerando 12 del preámbulo de la Decisión Marco), sin que la “orden europea de detención y entrega” tenga el efecto de modificarlos (artículo 1.3. de la Decisión Marco).

13) Que, en tales condiciones, ante el silencio del legislador argentino en punto a calificar la “resolución judicial” que “ordenó el libramiento de la solicitud de extradición” del artículo 13, inciso d de la ley 24.767, no se advierten reparos para que en supuestos como el de autos, a ese sólo efecto y con ese exclusivo alcance, se adopte la interpretación de “autoridad judicial” que ofrece la citada Decisión Marco según la información proporcionada por los Estados Miembros a la Secretaría General del Consejo sobre el punto (artículo 6.3. de la citada Decisión Marco).

(1) Artículo 6.1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados; Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones; 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados; 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

14) Que esta interpretación es la que mejor se ajusta a las circunstancias del *sub lite* al dotar de certeza y uniformidad en estos casos a la calificación en juego al propio tiempo que preserva tanto el interés del Estado requirente en el juzgamiento de todos los delitos que son de su competencia, como el del justiciable cuya extradición se requiere, a quien debe asegurarse un debido proceso en el que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento, al igual que el interés común de los estados requerido y requirente en el respeto estricto de las reglas que rigen la extradición entre ellos (doctrina de Fallos: 311:1925, considerando 12).

15) Que, en punto al agravio fundado en el extremo de la prescripción, el Tribunal entiende que el punto quedó, en definitiva y a instancias de la parte recurrente (conf. escrito obrante a fs. 8 del incidente de nulidad 3-2975/05 que corre por cuerda y resolución de fs. 21/23, aquí fs. 22 del mismo incidente), encausado hacia la prescripción de la pena y, más específicamente, al aspecto que concierne al *onus probandi* en la subsistencia de la pretensión punitiva.

En ese contexto, las razones invocadas por la defensa para considerar insuficiente la “explicación” brindada por el país requirente a fs. 233/239 son reiteración de las ya vertidas en el trámite mas no rebaten —como resulta exigible— los términos de la resolución apelada que, en los considerandos 27, 28 y 29 (conf. fs. 392), dio respuesta a su agravio con sustento en el artículo 14, inciso d de la ley 24.767. El interesado debió desarrollar, al menos mínimamente, las razones por las cuales, reputado como quedó el requerido como “condenado”, el artículo 13, inciso e de la ley 24.767 previsto para el “imputado” debía mantenerse en el caso.

16) Que, por último, el agravio fundado en que la condena en que se sustenta el pedido de extradición incluye conductas que nunca podría haber cometido Perriod porque estaba detenido en el país requirente, remite a una cuestión que hace al fondo del proceso y que, por tanto, debe ser resuelto por los tribunales del país requirente (Fallos: 330:2507 “Ferrari” considerando 11 y sus citas).

Por todo lo expuesto, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución de fs. 387/395 en cuanto declaró procedente la extradición

de Christophe Alain Laurent Perriod a la República de Francia. Regístrese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el Dr. **Ricardo de la Cruz Rodríguez, en ejercicio de la defensa de Christophe Alain Laurent Perriod.**
Tribunal de origen: **Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de Posadas, Provincia de Misiones.**

CENTRALES TERMICAS PATAGONICAS S.A. c/ ESTADO NACIONAL (M° DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS)

ENERGIA ELECTRICA.

Si lo convenido en los pliegos, la oferta y la adjudicación fue que se remunerara a las centrales térmicas por reserva fría, no cabe admitir que tal circunstancia pudiera válidamente modificarse con posterioridad a la adjudicación, pues la ley de la licitación o la ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo, por lo cual resulta evidente que la Resolución de la Secretaría de Energía 105/95, al derogar el art. 11 de la Resolución 163/92, no podía violar los derechos obtenidos por los adjudicatarios de la licitación hasta que el sistema del Mercado Eléctrico Mayorista Sistema Patagónico (MEMSP) se interconectara con el Sistema Argentino de Interconexión (SADI).

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 608/609, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV), al confirmar el pronunciamiento

de primera instancia, rechazó la demanda interpuesta por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. contra el Estado Nacional –Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos– para que se declare la nulidad del art. 36 –segunda parte– de la resolución 105/95 de la Secretaría de Energía (SE) en cuanto dispuso derogar el art. 11 de su similar 163/92. Por este último se había previsto que *“las centrales de generación térmica, que dentro del sistema patagónico, aún se encuentran a cargo de Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, serán requeridas permanentemente como reserva fría, valorizándose su potencia de acuerdo a lo indicado en los Procedimientos”* (el resaltado no es del original).

Los magistrados, para desestimar el recurso de la actora, centraron el examen de la causa en el sentido que tuvo el adverbio “aún” –del artículo antes transcripto– en el contexto de la resolución SE 163/92.

En ese orden, precisaron que la aludida resolución –dirigida al funcionamiento del sistema patagónico– ponía de relieve, particularmente, la necesidad que tenía la empresa Aluminio Argentino Sociedad Anónima Industrial y Comercial (Aluar S.A.I.C.) –en su planta de Puerto Madryn– de obtener el suministro de electricidad por parte de la Central Hidroeléctrica de Futaleufú. Entendieron así que, en virtud del contrato celebrado entre esta última y el gran usuario Aluar S.A.I.C., se incluyó en el art. 11 (de la resolución 163/92) una previsión particular referida a las plantas térmicas del sistema patagónico cuya explotación se encontraba a cargo de Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado (AyEE S.E.).

Sostuvieron que, en ese contexto, la norma derogada era transitoria, pues se había dictado con el objeto de favorecer a las plantas productoras de propiedad estatal que servían como reservorio de energía y para proveer a un gran consumidor del sistema patagónico. En tales condiciones, estimaron que el reconocimiento de la retribución por la reserva fría se había previsto en tanto las centrales térmicas estuvieran bajo la dirección del Estado.

Destacaron que para impedir que se afectara la relación entre iguales, debido a que la norma derogada constituía una excepción al principio de la remuneración que corresponde abonar por el servicio efectivamente prestado, debía entenderse que tal particularidad había sido concedida a la empresa estatal por el tiempo en que aún se encontrara explotando las centrales, ya que si se interpretaba que el

beneficio era extensible a los particulares que adquiriesen las plantas, ello habría significado un tratamiento diferencial a favor de estos últimos en detrimento de otros eventuales productores del mismo ámbito territorial, sin que existiera razón alguna que justificara ese diferente trato.

Por otro lado, descartaron que la actora tuviera un derecho adquirido a percibir la remuneración de la reserva fría, toda vez que –siempre según su criterio– aquélla había obtenido tal retribución, desde que adquirió la central hasta el dictado del acto derogatorio, en virtud del contrato celebrado con el transportista. Al respecto, señalaron que la Secretaría de Energía –autora de la norma– no había tomado parte en dicha contratación y que, por ende, no había asumido obligación convencional alguna, lo cual les impedía sostener que se hubiera generado un derecho a favor de la actora que no pudiera ser modificado posteriormente.

– II –

Contra tal pronunciamiento, Centrales Térmicas Patagónicas S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 617/632, el cual fue concedido por el *a quo* a fs. 646.

Asevera que la derogación del art. 11 previamente transcrito implicó la modificación unilateral del numeral II.3 del Pliego de Bases y Condiciones del Concurso Público para la venta que hizo el Estado Nacional del paquete mayoritario de acciones del capital social de Centrales Térmicas Patagónicas S.A.

Sostiene que de esa manera se modificaron las condiciones de comercialización de la energía previstas en el llamado a licitación para el sistema patagónico, las cuales constituyeron las primordiales pautas que cada postulante tuvo en cuenta para calcular el precio que ofrecería pagar por la compra de las acciones de la sociedad y ser el principal abastecedor.

En consecuencia, afirma que la retribución por la totalidad de la potencia disponible –reserva fría– no solo fue una pauta prevista por el licitante sino un condicionante de la rentabilidad del negocio. Ello por cuanto, mediante la resolución SE 163/92, el Estado Nacional garantizó un sistema específico para el MEMSP y aseguró su vigencia

hasta tanto se vinculara la región eléctrica patagónica con el Sistema Argentino de Interconexión (SADI), momento a partir del cual recién se extinguirán los efectos de aquél.

Acota que, mientras se encontraba vigente el régimen del art. 11 de la resolución SE 163/92, todas las máquinas de generación que estaban disponibles “permanentemente” eran remuneradas como reserva fría y que desde la entrada en vigencia de su derogación por el art. 36 de la resolución SE 105/95 se redujo paulatinamente el módulo de MW abonado por tal concepto. Entiende así que al modificarse las condiciones contractuales se lesionaron derechos adquiridos incorporados a su patrimonio, por los cuales debe ser resarcida.

Si bien advierte que nunca fue materia de debate entre las partes la extensión del adverbio “aún” o “aun” con o sin tilde, el cual fue introducido en la sentencia de primera instancia, sostiene que la interpretación gramatical que efectuó de él la Cámara –al examinar el texto del art. 11 de la resolución SE 163/92 y entender que el cobro por la reserva fría sólo perduraba “en tanto” o “mientras” la actividad estuviera bajo la dirección de AyEE S.A.– se aparta de la primera acepción que figura en la 20ª edición del Diccionario de la Real Academia, de donde surge que dicho vocablo cuando se escribe sin tilde es sinónimo de “incluso” y con tilde de “todavía”, pero en ningún caso de “mientras”.

En tal sentido, pone de relieve que si se sustituye “aún” por “todavía” se quiere decir que algo sucederá hasta un momento determinado y que, consecuentemente, tal vocablo en el contexto de la resolución *sub examine* se refiere a la pertenencia de las máquinas térmicas y no a la forma de remunerarlas. Además ello es así –prosigue– porque a la fecha del dictado de la resolución SE 163/92 ya se había declarado a AyEE S.E. sujeta a privatización por el art. 93 de la ley 24.065 y se estaba consciente de que las máquinas pasarían a propiedad de un generador privado.

Señala que el *a quo* enlaza lo dispuesto en el art. 11 de la resolución SE 163/92 con la relación entre la Central Hidroeléctrica Futaleufú y el gran usuario Aluar S.A.I.C. quienes estaban vinculados estrechamente entre sí, pues aquella era quien abastecía de la totalidad de la energía requerida por ésta.

Manifiesta, al respecto, que la generadora Futaleufú podía estar o no en condiciones de abastecer al resto del mercado patagónico según

fuera el mayor o menor requerimiento de su principal usuario o bien en circunstancias excepcionales como podría acontecer de darse un riesgo de falla o reducciones en la demanda y que esa era otra razón demostrativa de la necesidad de asegurarse la disponibilidad de las máquinas térmicas existentes en la región, máxime si se tiene en cuenta que no había posibilidades de obtener el fluido de otros generadores ubicados fuera de dicha área en razón de encontrarse aislada.

Considera que la sentencia impugnada ocasiona una situación de gravedad institucional, pues desconoce en los hechos el sistema de intervención reguladora del Estado para mantener el suministro de energía eléctrica a la Nación.

– III –

Estimo que el recurso extraordinario planteado es formalmente admisible, toda vez que se halla en tela de juicio la interpretación de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa a la pretensión que la recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Además, es preciso resaltar que, encontrándose en discusión el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte no está limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros)

– IV –

Estimo, en forma preliminar al examen de la cuestión *sub discussio*, que es necesario aclarar algunos conceptos que se encuentran relacionados en la causa. En ese sentido, cabe recordar que hay **reserva fría** o disponibilidad de potencia cuando una máquina de punta (de generación térmica) resulte no despachada, en cuyo caso se cobrará el precio de la reserva por cada MW disponible (conf. resolución 137/92, a continuación del anexo 20, numerales 2.4.2.3 y 3.1.3.2) y que el **contrato de reserva fría** puede ser entendido como aquel en el cual la compradora asume el compromiso de pagar la potencia contratada independientemente de que la requiera o no y la vendedora recibe un pago por dicha potencia en la medida en que esté disponible, independientemente de que sea o no convocada (conf. considerando 14 de la resolución SE 65/00).

También es pertinente reseñar, en orden cronológico, los antecedentes normativos fundamentales del caso. La ley 24.065 (B.O. del 16/1/92) declaró, por su art. 93, sujeta a privatización la generación a cargo de AyEE S.E.

El Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 509/92 (B.O. el 6/5/92), a fin de privatizar la generación térmica a cargo de AyEE S.E. que operaba en el Sistema Patagónico, facultó a la Secretaría de Energía de la Nación a determinar las unidades de negocio y la constitución de distintas sociedades anónimas (v. art. 1°).

Por la resolución SEE 61/92 (B.O. del 13/5/92) se aprobaron “Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios en el Mercado Eléctrico Mayorista” (“Los Procedimientos”), se organizó el sistema físico del mercado eléctrico mayorista y se reconocieron a los agentes del MEM.

La resolución 137/92 (B.O. 15/1/93) de la Secretaría de Energía –que modificó los anexos de la resolución SEE 61/92 y reglamentó la compraventa de energía y potencia que se realiza por medio del SADI– estableció, por su art. 8°, que ella se encargaría de definir los procedimientos a aplicar en el Sistema Patagónico y en el Sistema Misiones–Noreste de Corrientes –los cuales a la fecha de su dictado se encontraban aislados– para adecuar las reglas del MEM a sus particulares condiciones.

De acuerdo con lo establecido en el art. 8° previamente citado, la Secretaría de Energía, mediante la resolución SE 163/92 (publicada en el B.O. el 2/2/93), dispuso que para la comercialización y despacho del MEMSP se aplicarían, a partir del 1° de febrero de 1993 y con las adaptaciones fijadas en el mismo acto, “Los Procedimientos” establecidos en las resoluciones SEE 61/92 y SE 137/92 (v. art. 1°). En las disposiciones siguientes se fijaron las normas de procedimiento particulares para la región, a cuyo fin se consideró el efecto dominante de la demanda por parte de la empresa ALUAR S.A.I.C. y el hecho de que el suministro de energía de tal planta industrial era abastecida por la Central Hidroeléctrica Futaleufú (v. arts. 2° a 10). Cabe también destacar las disposiciones que dieron origen al presente pleito, como son los arts. 11 –derogado por el art. 36 de la resolución SE 105/95– y 16, actualmente vigente.

Con posterioridad, la resolución SE 123/93 (B.O. 7/5/93) determinó que las centrales térmicas de Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y

Pico Truncado I y II de AyEE S.E. constituirían una unidad de negocio y se dispuso la constitución de una sociedad anónima a tal fin. Por su parte en la resolución MEyOSP 466/93 (B.O. 2/7/93) se llamó a concurso público nacional e internacional para la privatización de la actividad de generación térmica propia de las centrales mencionadas, se dispuso la venta del 51% del paquete accionario de Centrales Térmicas Patagónicas S.A. (art. 1º) y se aprobó el Pliego de Bases y Condiciones respectivo (art. 2º).

Por el decreto 2426/93 (B.O. del 26/11/93), el Poder Ejecutivo adjudicó a las firmas IATE S.A., ELEPRINT S.A. y a la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza el 51% del paquete accionario de Centrales Térmicas Patagónicas S.A.

La resolución 105/95 (B.O. del 21/3/95) modificó “Los Procedimientos” aprobados por la resolución SEE 61/92 para las transacciones del período comenzado desde el 1/5/95 inclusive y, en lo que aquí interesa, por su art. 36 se dispuso que, para el MEMSP, el porcentaje del Costo Variable de Producción (%CVP) y el porcentaje del Valor del Agua (%VA) se definirían en CERO (%0), al tiempo que **se derogó, con vigencia a partir del 1º de noviembre de 1995, el art. 11 de la resolución SE 163 del 30 de diciembre de 1992.**

– V –

Entiendo que de acuerdo con los términos en que ha sido planteado el recurso extraordinario el *thema decidendum* del presente litigio estriba, inicialmente, en interpretar el art. 11 de la resolución SE 163/92 y, en su caso, determinar si correspondía mantener el derecho de la actora a que se la remunerara por la reserva fría en los términos del citado artículo, derogado por virtud del art. 36 de la resolución SE 105/95.

En lo que es materia de discusión corresponde tener presente –en forma preliminar y como un hecho no controvertido por las partes– que en la cláusula II.3 del Pliego de Bases y Condiciones del Concurso Público Nacional e Internacional para la privatización de la actividad de generación térmica propia (aprobado por la resolución MEyOSP 466/93) se estipuló, bajo el título “Comercialización de la Energía”, que *Centrales Térmicas Patagónicas S.A. comercializaría su energía de acuerdo con lo dispuesto por la ley 24.065 con aplicación de las normas y procedimientos establecidos en las resoluciones ex SEE 137/92 y las adaptaciones incorporadas por la resolución SE 163/92.*

La resolución MEyOSP 466/93 indicó que la venta de las acciones de Centrales Térmicas Patagónicas se hacía conforme a las respectivas pautas del Pliego de Bases y Condiciones (conf. art. 1º). Por ende, resultaba claro que la comercialización de la energía debía hacerse de acuerdo con las disposiciones de la resolución SE 163/92.

En este aspecto, es menester destacar que en los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. **La ley de la licitación o la ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario** (Fallos: 308:618).

Ahora bien, en orden a desentrañar el sentido y el alcance del término “aún” en el contexto del art. 11 de la resolución SE 163/92, cabe –una vez más– recordar que allí se dispuso que *“las centrales de generación térmica, que dentro del sistema patagónico, aún se encuentran a cargo de Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, serán requeridas permanentemente como reserva fría, valorizándose su potencia de acuerdo a lo indicado en los Procedimientos”* (el resaltado no es del original).

Una atenta lectura de tal precepto indica que las centrales de generación térmica del sistema patagónico que aún o todavía se encuentran a cargo de AyEE S.E. son las requeridas permanentemente como reserva fría. Ello responde a un criterio de interpretación gramatical del adverbio “aun” en su primera acepción que con tilde puede sustituirse por “todavía”, el cual significa “hasta un momento determinado” según surge de la 22ª edición del Diccionario de la Lengua Española (v. www.rae.es) y que de ninguna manera se condice con la interpretación efectuada por el *a quo*.

En este punto es prudente recordar que las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras, sin violentar su significado específico, máxime cuando aquel concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el

ordenamiento jurídico vigente. Por otra parte, es un principio hermenéutico que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ésta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violación de sus términos o su espíritu (Fallos: 315:1256) y cuando ella no exige esfuerzo en su hermenéutica debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en la norma (Fallos: 329:3470).

Por ende, comparto lo afirmado por la apelante en torno a que el término “aún” se refería a que las máquinas que tenía AyEE S.E. dejarían de pertenecerle en un tiempo posterior, pero no que cuando ello sucediera ya no serían requeridas permanentemente como reserva fría y remuneradas por ese concepto.

Lo hasta aquí expuesto lleva a concluir, en mi concepto, que contrariamente a lo declarado por el *a quo*, el art. 11 de la resolución SE 163/92 que integró la licitación, en manera alguna consagró el derecho de las generadoras térmicas de ser remunerada por la reserva fría únicamente mientras o “en tanto” pertenecieran a AyEE S.A.

Resulta oportuno agregar, a mi juicio, que la interpretación propuesta resulta corroborada si se la integra con el art. 16 –no derogado– de la resolución antes indicada, en cuanto prevé que “*Los procedimientos específicos para el Mercado Eléctrico Mayorista Patagónico, establecidos en los artículos precedentes, serán de aplicación hasta que la Región Eléctrica Patagónica se vincule con el Sistema Argentino de Interconexión*” (el resaltado no es del original). Esto pone en evidencia que las disposiciones de la resolución 163/92, inclusive su art. 11, que fijaban un régimen particular para el MEMSP finalizarían su vigencia cuando se interconectara dicha área con el SADI.

Cabe acotar que el art. 11 citado fue derogado por el art. 36 de la resolución 105/95 dos años después de privatizada la actividad de generación térmica del sistema patagónico, ello me lleva a preguntarme qué sentido tendría la derogación de aquel artículo si, según el criterio del *a quo*, ya no estaba vigente por haber dejado de pertenecer dicha actividad al Estado.

En definitiva, la cláusula II.3 del Pliego de Bases y Condiciones del Concurso Público Nacional e Internacional –por la que se estipuló que

la contratación se regiría por las ***adaptaciones incorporadas por la resolución SE 163/92***— resultaba de observancia obligatoria para la demandada —sin que forme obstáculo para ello la oportunidad en que la actividad y las generadoras térmicas de AyEE S.E. pasaran a manos privadas— pues los contratos administrativos constituyen una ley para las partes y el principio que los rige es siempre el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), por ende, la modificación unilateral llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista no puede ser justificada a la luz de lo expresamente dispuesto en el art. 1197 del Código Civil (Fallos: 327:5356).

Ello por cuanto no existe posibilidad de apartarse de una cláusula contractual vigente que goza de los efectos atribuidos a las convenciones entre las partes por el Código Civil. Una interpretación diversa vendría directamente a conculcar en el caso la garantía establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional cuando la Corte ha sostenido de un modo específico que no es dable admitir una inteligencia de los contratos administrativos que contradiga las normas de nuestra Ley Fundamental (conf. arg. Fallos: 291:290).

Si lo convenido en los pliegos, la oferta y la adjudicación fue que se remunerara a las centrales térmicas por reserva fría, no cabe admitir que tal circunstancia pudiera válidamente modificarse con posterioridad a la adjudicación, pues —cabe reiterar— que la ley de la licitación o la ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo (Fallos: 311:2831).

En el orden de ideas expuesto, me parece evidente que la resolución SE 105/95, al derogar el art. 11 de la resolución SE 163/92, no podía violar los derechos obtenidos por los adjudicatarios de la licitación hasta que el sistema del MEMSP se interconectara con el SADI.

Estimo que la solución propuesta es además, la que más se adecua con elementales consideraciones de seguridad jurídica, principio que posee raigambre constitucional (conf. arg. Fallos: 321:2933, entre otros) y contra el cual conspira no sólo el desconocimiento de derechos adquiridos con anterioridad, sino también la profusión de disposiciones y el vertiginoso cambio normativo que suele acontecer en materia de regla-

mentaciones administrativas, que impide establecer con la certeza que es exigible las reglas claras de juego (arg. Fallos: 311:2082 y 321:1248), que no son otra cosa que las normas a las cuales los ciudadanos pueden y deben ajustar su comportamiento con el fin de desarrollar su actividad y su trabajo y así ejercer, en plenitud, su derecho de propiedad, garantizados por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Lo expuesto basta, según mi parecer, para revocar la sentencia apelada y, por ende, torna innecesario examinar los restantes argumentos expuestos en el memorial de fs. 617/632.

– VI –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia de fs. 608/609 en cuanto fue materia de este último. Buenos Aires, 25 de agosto de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 13 de julio de 2010.

Vistos los autos: “Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Estado Nacional (M° de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

Que las cuestiones propuestas en el remedio federal encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario federal y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68, primera parte, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los

autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se decide. Notifíquese y remítanse.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Centrales Térmicas Patagónicas S.A. (actora), IATE S.A. y Eleprint S.A. (terceros)** representados por el **Dr. Fernando M. A. Buzzo** y patrocinados por el **Dr. Agustín Gordillo**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional – Ministerio de Economía y Producción, demandado en autos**, representado por el **Dr. Lucas A. Walker**.

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, Secretaría N° 5**.



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.

AGOSTO

CESAR VALENZUELA

EXTRADICION.

Corresponde confirmar la resolución que declaró procedente la extradición a la República de Paraguay si los agravios referidos a que la prueba para vincular al requerido con el hecho atribuido resultaba notoriamente insuficiente y a que el proceso carecía del control de una defensa técnica, remiten al conocimiento de cuestiones de fondo que resultan ajenas a este trámite y que deben ser ventiladas ante los tribunales del Estado requirente, toda vez que se dirigen a cuestionar la legalidad del procedimiento extranjero.

EXTRADICION.

Corresponde que el juez de la causa –previo a la entrega del requerido a través de su extradición– recabe de su par extranjero las condiciones de detención a las que estará sometido en el marco de los estándares de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas y solicite –de ser necesario– las debidas garantías para preservar su vida y seguridad personal.

EXTRADICION.

Con respecto al supuesto peligro de ser sometido el extraditado a tratos inhumanos en razón del estado carcelario de la República del Paraguay, corresponde tener en cuenta, no tanto las referencias genéricas a una situación determinada sino si en la causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Juzgado Federal de Instrucción y Correccional N° 1 de la Provincia de Formosa declaró procedente la extradición de César Valenzuela

a la República de Paraguay (fs. 235/238), que lo requirió a los efectos de someterlo a proceso penal por resultar imputado del delito de homicidio doloso en calidad de autor (fs. 181/220). Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de apelación ordinario (fs. 245/246), el que fue mantenido en esta instancia (fs. 254/257 vta.)

– II –

La recurrente invoca tres agravios.

En primer lugar, sostiene que en casos como el presente, donde el pedido de extrañamiento no se funda en una sentencia condenatoria firme, corresponde al magistrado a cargo del trámite extraditorio merituar la prueba que fundamenta la imputación en el Estado recurrente. En este sentido, afirma que “la prueba (y como consecuencia de ello la imputación) resultaba notoriamente insuficiente para vincular a Valenzuela con el hecho atribuido”, por lo que solicita el rechazo del traslado (fs. 254 vta./255).

En segundo lugar, alega que, conforme surge de las constancias del legajo, “el proceso seguido contra Valenzuela hasta el momento careció del contralor de una defensa técnica que velara por los intereses del inhallable” (fs. 255). Y agrega que no debería concederse la extradición requerida, pues subsiste la imposibilidad para el Estado argentino de acceder al extrañamiento de quien haya sido juzgado en ausencia (fs. 255 vta.)

Por último, recuerda que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco del “Informe especial” sobre Paraguay de 2003, tuvo oportunidad de manifestar que las difíciles condiciones en que se encuentran los detenidos en ese país son públicamente conocidas (fs. 256) y contradicen sus compromisos internacionales (fs. 256 vta.) Sin embargo, destaca también que el Estado paraguayo, de acuerdo con el mismo informe, había ya por entonces implementado diversas medidas para mejorar esa situación, que la CIDH consideró avances positivos (fs. 256). No obstante ello, la recurrente se opone a la extradición sobre la base de que el requerido sería eventualmente recluido en ese sistema carcelario.

Por otro lado, agrega que, en el caso de confirmarse la resolución impugnada, se debería poner en conocimiento del país requirente

el tiempo que Valenzuela estuvo detenido en el marco del presente, además de tenerse en cuenta esta situación en el trámite migratorio iniciado por el requerido para regularizar su situación en nuestro país (fs. 257).

– III –

V.E. ha recordado, en un fallo reciente (S.C., C. 2111, XLI., *in re* “Cortada, Ramón s/extradición”, sentencia del 8 de abril de 2008), que “es pacífica la doctrina del Tribunal en el sentido de que el proceso de extradición no reviste el carácter de un juicio criminal, por lo que no caben otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 323:1755; 326:3696, entre otros)” (considerando 2º). Así, resulta claro que el juez de la extradición no debe merituar la prueba que fundamenta la imputación en el Estado requirente, tal como pretende la defensa.

En el mismo fallo, además, V.E. responde con igual claridad al segundo planteo en cuestión. En efecto, se explica allí que no son admisibles los agravios que “remiten al conocimiento de cuestiones de fondo que resultan ajenas a este trámite y que deben ser ventiladas ante los tribunales del Estado requirente, toda vez que se dirigen a cuestionar la legalidad del procedimiento extranjero (Fallos: 314:1132; 318:373, entre otros)” (considerando 2º).

En todo caso, la alegada violación del derecho de defensa, tal como lo tiene resuelto V.E., “no tiene, en este aspecto, injerencia alguna si se tiene en cuenta que en el Estado requirente ‘existen mecanismos de protección nacionales y supranacionales que, a todo evento, podrán ejercer un control acerca de las condiciones que preocupan al extraditable’ (Fallos: 324:3484 y sus citas)” (S.C., A. 2112. XLII., *in re* “Acosta González, Agustín y otros s/extradición – pedido de captura”, sentencia del 21 de octubre de 2008).

Esta parte, por lo demás, coincide con la defensa respecto de la imposibilidad para el Estado argentino, en principio, de acceder al extrañamiento de quien haya sido juzgado en ausencia, pero este argumento no tiene relación alguna con el caso que nos ocupa, pues el requerido aún reviste la calidad de imputado en el proceso extranjero.

Por último, respecto del supuesto peligro de que el extraditable sea sometido a tratos inhumanos a causa del estado de las cárceles en Paraguay, en el reciente fallo “Acosta González”, antes citado, V.E. dio por reiteradas –en lo pertinente– las consideraciones vertidas por la Procuración General en C. 4208 XLI., *in re* “Carro Córdoba, Cristián Ramón s/pedido de extradición” (dictamen del 29 de diciembre de 2005), sustentadas en la doctrina de Fallos: 324:3484.

En ese precedente –una extradición requerida también por la República de Paraguay– se dijo que “debe tenerse en cuenta en estos casos, no tanto las referencias genéricas a una situación determinada, sino si en la causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente”.

Sin perjuicio de ello, si V.E. lo considera pertinente, puede disponer por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación, la entrega en condiciones que preserven la seguridad personal del extraditable (Fallos: 322:507) y, además, que “el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de la libertad al que estuvo sujeto en este trámite de extradición” (considerando 4º del voto de la mayoría del Tribunal, *in re* “Cortada, Ramón s/extradición”, cit.)

De esa manera, se atendería a las preocupaciones de la defensa y, a la vez, se reafirmaría que “la extradición es un procedimiento de asistencia judicial internacional cuyo fundamento radica en el interés común de todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados en el país a cuya jurisdicción internacional corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictivos, por lo que en las actuaciones sobre extradición el criterio judicial debe ser favorable al propósito de beneficio universal que la inspira” (Fallos: 323:3680 y sus citas).

– IV –

Por lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia que concede la extradición de César Valenzuela, en todo cuanto fuera materia de apelación. Buenos Aires, 7 de noviembre de 2008. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Valenzuela, César s/ detención para extradición internacional”.

Considerando:

1º Que el juez a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1 de Formosa declaró procedente la extradición de César Valenzuela a la República de Paraguay para ser sometido a proceso por el delito de homicidio doloso en calidad de autor (art. 105, en concordancia con el art. 29, inc. 1º, ambos del Código Penal de Paraguay vigente –ley 1160/97–) (fs. 235/238).

2º Que, contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación ordinaria el Ministerio Público de la Defensa (fs. 245/246) que, concedido (fs. 247), fue fundado en esta instancia (fs. 254/257).

3º Que, a su turno, el señor Procurador Fiscal dictaminó a favor de rechazar el recurso y confirmar la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de apelación (fs. 259/261).

4º Que los agravios del apelante referidos a que la prueba para vincular a Valenzuela con el hecho atribuido resultaba notoriamente insuficiente y a que el proceso hasta el momento careció del contralor de una defensa técnica, remiten al conocimiento de cuestiones de fondo que resultan ajenas a este trámite y que deben ser ventiladas ante los tribunales del Estado requirente, toda vez que se dirigen a cuestionar la legalidad del procedimiento extranjero (Fallos: 314:1132; 318:373, entre otros). Al respecto, cabe recordar que es pacífica la doctrina del Tribunal en el sentido de que el proceso de extradición no reviste el carácter de un juicio criminal, por lo que no caben otras discusiones que las referidas a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 323:1755; 326:3696, entre otros).

5°) Que, en tal sentido, César Valenzuela no niega ser la persona cuya extradición se solicita sino que sólo afirma que no se encontraba en la República de Paraguay al tiempo de la comisión del delito imputado, por lo que el agravio que introduce sobre esa base, vinculado con la determinación de su responsabilidad, resulta inadmisibles (conf. Fallos: 49:22; 99:290; 113:364; 216:285; 232:577; 319:2557, entre muchos otros).

6°) Que, por lo demás, resulta desacertada la referencia a que no corresponde que el Estado argentino acceda al extrañamiento de quien haya sido juzgado en ausencia, pues el requerido aún reviste la calidad de imputado en el proceso extranjero. En tanto que respecto de la situación a la que se vería expuesto el requerido en jurisdicción del país requirente, corresponde que el juez de la causa –previo a la entrega– recabe de su par extranjero las condiciones de detención a las que estará sometido Valenzuela en el marco de los estándares de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas y solicite –de ser necesario– las debidas garantías para preservar su vida y seguridad personal (“Cerboni” Fallos: 331:1028, considerando 7° y “Machado de Souza” Fallos: 332:1322, considerando 10).

7°) Que, por último, tal como propone el señor Procurador Fiscal en el dictamen que antecede, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas del derecho internacional de los derechos humanos que obligan a ambos países, aconsejan que el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de la libertad al que estuvo sujeto el requerido en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento (Fallos: 331:608).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, en lo pertinente, por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve confirmar la resolución apelada de fs. 235/238, en cuanto fue materia de apelación. Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al juez de la causa.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º Que el juez a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1 de Formosa declaró procedente la extradición de César Valenzuela a la República de Paraguay para ser sometido a proceso por el delito de homicidio doloso en calidad de autor (art. 105, en concordancia con el art. 29, inc. 1º, ambos del Código Penal de Paraguay vigente –ley 1160/97–) (fs. 235/238).

2º Que, contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación ordinaria el Ministerio Público de la Defensa (fs. 245/246) que, concedido (fs. 247), fue fundado en esta instancia (fs. 254/257).

3º Que, a su turno, el señor Procurador Fiscal dictaminó a favor de rechazar el recurso y confirmar la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de apelación (fs. 259/261).

4º Que los agravios del apelante referidos a que la prueba para vincular a Valenzuela con el hecho atribuido resultaba notoriamente insuficiente y a que el proceso hasta el momento careció del contralor de una defensa técnica, remiten al conocimiento de cuestiones de fondo que resultan ajenas a este trámite y que deben ser ventiladas ante los tribunales del Estado requirente, toda vez que se dirigen a cuestionar la legalidad del procedimiento extranjero (Fallos: 314:1132; 318:373, entre otros). Al respecto, cabe recordar que es pacífica la doctrina del Tribunal en el sentido de que el proceso de extradición no reviste el carácter de un juicio criminal, por lo que no caben otras discusiones que las referidas a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 323:1755; 326:3696, entre otros).

5º Que, en tal sentido, César Valenzuela no niega ser la persona cuya extradición se solicita sino que sólo afirma que no se encontraba en la República de Paraguay al tiempo de la comisión del delito imputado, por lo que el agravio que introduce sobre esa base, vinculado con la determinación de su responsabilidad, resulta inadmisibles (conf. Fallos: 49:22; 99:290; 113:364; 216:285; 232:577; 319:2557, entre muchos otros).

6º Que, por lo demás, resulta desacertada la referencia a que no corresponde que el Estado argentino acceda al extrañamiento de quien

haya sido juzgado en ausencia, pues el requerido aún reviste la calidad de imputado en el proceso extranjero. En tanto que respecto del supuesto peligro de ser sometido a tratos inhumanos en razón del estado carcelario de la República del Paraguay, esta Corte ya ha señalado que deben tenerse en cuenta, no tanto las referencias genéricas a una situación determinada sino si en la causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente (Fallos: 330:1961 y 331:2249).

7º) Que, por último, tal como propone el señor Procurador Fiscal en el dictamen que antecede, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas del derecho internacional de los derechos humanos que obligan a ambos países, aconsejan que el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de la libertad al que estuvo sujeto el requerido en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento (Fallos: 331:608).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, en lo pertinente, por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve confirmar la resolución apelada de fs. 235/238, en cuanto fue materia de apelación. Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez de la causa.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **la Dra. Rosa María Córdoba, Defensora Oficial, en ejercicio de la defensa de César Valenzuela.**

Tribunal de origen: **Juzgado Federal de Instrucción y Correccional N° 1 de la Provincia de Formosa.**

ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) c/ ESTADO NACIONAL – LEY
26.124 (DECI 495/06 s/ AMPARO LEY 16.986)

PRESUPUESTO.

Cabe confirmar la sentencia que rechazó el amparo interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1º de la ley 26.124 y la Decisión Administrativa 495/2006 –modificación

al Presupuesto de Administración Nacional–, pues la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que éstos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, no llegándose a desvirtuar la conclusión de la cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial.

LEGITIMACION PROCESAL.

La legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una causa o controversia, y la existencia de “caso” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso, debiendo aquélla demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia o que los agravios expresados la afecten de forma suficientemente directa o substancial.

LEGITIMACION PROCESAL.

La reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43 del texto constitucional, es decir, los que “protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general”.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional – ley 26.124 (DECI 495/06) s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó el amparo interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles para que se declarara la inconstitucionalidad del

artículo 1° de la ley 26.124 y de la Decisión Administrativa 495/2006, dictada en su consecuencia, por ser violatorias del principio de legalidad e importar una delegación legislativa realizada en manifiesta contradicción con lo previsto en los artículos 19, 28 y 75, inciso 8, de la Constitución Nacional.

Contra este pronunciamiento, la actora interpuso el presente recurso extraordinario.

2°) Que esta Corte ha sostenido que el Poder Judicial de la Nación sólo interviene en el conocimiento y decisión de “causas” (artículo 116 de la Constitución Nacional), y que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una causa o controversia en los términos de la jurisprudencia de este Tribunal (Fallos: 322:528 y 326:3007, entre otros). En este sentido, se ha dicho que la existencia de “caso” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En este orden de ideas, la “parte” debe demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia o, como lo ha sostenido esta Corte, que los agravios expresados la afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial” (Fallos: 306:1125; 308:2147 y 310:606, entre otros).

Por otra parte, cabe destacar que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la exigencia de tal requisito ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes. Asimismo, es importante recordar que la reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43 del texto constitucional, es decir, los que “protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general” (Fallos: 326:3007 y sus citas).

3°) Que la apelante reitera los mismos argumentos que presentó ante las instancias anteriores y afirma, dogmáticamente, que las normas cuestionadas son violatorias del principio de legalidad y de división de poderes; que estos principios constituyen un “derecho humano

fundamental”; y que, por ese motivo, resulta “evidente que el derecho invocado posee un carácter colectivo en los términos del artículo 43 de la Ley Fundamental” y que su organización tiene legitimación para impugnar las citadas normas mediante una acción judicial.

Estas afirmaciones, sin embargo, no resultan suficientes –en los términos de la jurisprudencia del Alto Tribunal– para demostrar que el reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez”, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva. En definitiva, la asociación no logra desvirtuar la conclusión de la cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial de la Nación.

Por ello, se resuelve desestimar el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó el amparo interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles para que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 1º de la ley 26.124 y de la Decisión Administrativa 495/2006, dictada en su consecuencia, por ser violatorias del principio de legalidad e importar una delegación legislativa realizada en manifiesta contradicción con lo previsto en los artículos 19, 28 y 75, inciso 8º, de la Constitución Nacional.

Contra este pronunciamiento, la actora interpuso el presente recurso extraordinario.

2º) Que esta Corte ha sostenido que el Poder Judicial de la Nación sólo interviene en el conocimiento y decisión de “causas” (artículo 116

de la Constitución Nacional), y que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una causa o controversia en los términos de la jurisprudencia de este Tribunal (Fallos: 322:528 y 326:3007, entre otros). En este sentido, se ha dicho que la existencia de “caso” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En este orden de ideas, la “parte” debe demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia o, como lo ha sostenido esta Corte, que los agravios expresados la afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial” (Fallos: 306:1125; 308:2147 y 310:606, entre otros).

Por otra parte, cabe destacar que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la exigencia de tal requisito ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes.

3º) Que la apelante reitera los mismos argumentos que presentó ante las instancias anteriores y afirma, dogmáticamente, que las normas cuestionadas son violatorias del principio de legalidad y de división de poderes; que estos principios constituyen un “derecho humano fundamental”; y que, por ese motivo, resulta “evidente que el derecho invocado posee un carácter colectivo en los términos del artículo 43 de la Ley Fundamental” y que su organización tiene legitimación para impugnar las citadas normas mediante una acción judicial.

Estas afirmaciones, sin embargo, no resultan suficientes —en los términos de la jurisprudencia del Alto Tribunal— para demostrar que el reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez”, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva. En definitiva, la asociación no logra desvirtuar la conclusión de la Cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial de la Nación.

Por ello, se resuelve desestimar el recurso extraordinario. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la Asociación por los Derechos Civiles (ADC)**, representada por el Dr. **Alejandro Carrió, en carácter de presidente**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Hérrnán Gulco y Alejandro Segarra**.

Traslado contestado por **el Estado Nacional – Ministerio de Economía, demandado en autos**, representado por el Dr. **Bruno Gabriel Toia**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administración Federal N° 2**.

ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) c/ ESTADO NACIONAL – LEY
26.122 s/ AMPARO LEY 16.986

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA.

Cabe confirmar la sentencia que rechazó el amparo interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 22 y 24 de la ley 26.122 –Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia–, pues la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que éstos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, no llegándose a desvirtuar la conclusión de la cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial.

–Del precedente A.1319.XLIII “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional– ley 26.124 (DECI 495/06 s/amparo ley 16.986”, del 3/08/2010–.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional – ley 26.122 s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en la fecha en la causa A.1319.XLIII “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional – ley 26.124 (DECI 495/06) s/ amparo ley 16.986”, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Que los jueces Maqueda y Argibay remiten a su voto en la mencionada causa.

Por ello, se resuelve desestimar el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Asociación por los Derechos Civiles (ADC)**, representada por el Dr. **Alejandro Carrió, en carácter de presidente**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Hernán Gullco y Alejandro Segarra**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional, demandado en autos**, representado por el Dr. **Horacio Pedro Diez**, con el patrocinio letrado del Dr. **Adolfo Gustavo Scrinzi**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11**.

JUANA ESTELA CAVADA Y OTRO c/ FISCO DE LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

La ley 12.836 de la Provincia de Buenos Aires –cuya inconstitucionalidad fue declarada, precisamente, por no ajustarse a la norma nacional 25.344 a la que adhirió– no resulta apta para consolidar las obligaciones a cargo del Estado provincial originadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1999, ya que la prórroga establecida para las obligaciones generales por el art. 58 de la ley 25.725 –a la que alude el *a quo* para justificar la extensión en el orden local– sólo rige

en el ámbito nacional y no puede operar de pleno derecho para los pasivos de la provincia, ya que ella es la única habilitada para decidir si adhiere a la prórroga en ejercicio de las facultades inherentes a su calidad de Estado autónomo (arts. 5° y 122 de la Constitución Nacional).

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 389/410, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, declaró que la ley 12.836, modificada por la ley 13.436, “deviene plenamente aplicable a la condena recaída en autos en lo que exceda la suma de \$ 10.000”. Asimismo, ordenó el pago en efectivo de la cantidad indicada y, a los fines de la percepción del saldo restante, dispuso que la actora debe iniciar el procedimiento de cobro previsto por la ley 13.436 y su decreto reglamentario 577/06.

Para así decidir, el tribunal recordó diversos precedentes en los cuales se pronunció por la constitucionalidad del régimen de consolidación sobre la base de que sus normas fueron dictadas en el marco de situaciones de emergencia. Luego consideró que, tras la declaración de inconstitucionalidad de la ley 12.836 por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Vergnano de Rodríguez”, la legislatura local dictó la ley 13.436, que introdujo modificaciones a la primera sobre la base de las observaciones efectuadas por el Alto Tribunal.

Señaló que la nueva norma consagra la opción de cobro en efectivo por parte de los acreedores de obligaciones consolidadas, establece un orden de prelación, dispone que el Poder Ejecutivo modifique los términos y condiciones de los bonos de manera que la amortización total se complete en enero de 2016, y suprime el tope del quince por ciento del cálculo de los recursos de la administración central que tenía para emitir los bonos.

Con respecto a la fecha de corte fijada por la legislación provincial, advirtió que el Estado Nacional también la prorrogó en diversas opor-

tunidades (leyes 25.565 y 25.725) y que dispuso la cancelación de las obligaciones con reconocimiento judicial o administrativo posterior al 31 de diciembre de 2001 con bonos de consolidación de la sexta serie, con un plazo de vencimiento de veinte años que recién acaecerá el 15 de marzo de 2024.

Entendió que con las modificaciones incorporadas al régimen originario aparecen superados los reparos constitucionales efectuados con respecto a la anterior regulación.

– II –

Contra este pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario a fs. 414/430, que fue concedido a fs. 452.

En lo sustancial, aduce que las objeciones constitucionales que se formularon al régimen provincial de consolidación no fueron subsanadas por la nueva legislación que se sancionó con esa finalidad. Al respecto, señala que no se modificó la “anómala extensión de la fecha de corte” –que permite abarcar un gran número de obligaciones que no deberían estar consolidadas– y que la implementación de la alternativa de pago en efectivo se ha tornado inexistente en razón del escaso monto destinado para cancelar las acreencias del “milenario conjunto de deudores que reúne el Fisco bonaerense”.

Añade que las modificaciones introducidas tampoco ofrecen solución a otras cuestiones que quedan pendientes, tales como la escasa cotización de los títulos públicos que empiezan a circular en el mercado, los extensos períodos de amortización, las bajas tasas de interés establecidas, la previsión de casos excepcionales, entre otros aspectos.

Entiende que las normas provinciales de consolidación son violatorias del derecho de propiedad porque regulan en forma confiscatoria sobre el uso, goce y disposición del derecho a una indemnización inmediata y porque importan una disminución del capital que no servirá como resarcimiento de los perjuicios injustamente padecidos por la negligencia estatal. Por otra parte, sostiene que el contexto económico y presupuestario actual de la provincia demandada es distinto del que se presentaba en el 2001, lo que “le permite honrar al menos con más decoro las urgentes obligaciones que tiene pendientes, con sentencia judicial firme y con liquidaciones de cobro expedito”.

– III –

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de normas provinciales (leyes 12.836 y 13.436 y decreto 577/06) bajo la pretensión de ser contrarias a la Constitución Nacional y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido favorable a la validez de la legislación provincial (art. 14, inc. 2º, de la ley 48).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, cabe recordar que, mediante la ley 12.836, dictada en el marco de la emergencia declarada por la ley 12.727, de adhesión a la ley nacional 25.344, la Provincia de Buenos Aires consolidó las obligaciones de causa o título anterior al 30 de noviembre de 2001, siempre que no se encuentren alcanzadas por otras leyes de consolidación y consistan en el pago de sumas de dinero o se resuelvan de ese modo.

V.E. tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del ordenamiento provincial en el precedente “Vergnano de Rodríguez” (Fallos: 327:4668). Allí consideró que la ley 12.836 era inaplicable por contener disposiciones más gravosas que la ley nacional, extremo expresamente prohibido por el art. 19 de la ley 23.982, aplicable en virtud de la remisión que efectúa el art. 13 de la ley 25.344. Entre otras cuestiones, el Tribunal señaló, en lo que aquí interesa, que la ley local fija como fecha de corte el 30 de noviembre de 2001 y la ley nacional el 1º de enero de 2000, circunstancia que ocasionaba a los actores un serio perjuicio, pues debían recibir los bonos respectivos con una fecha de emisión posterior –de casi dos años– a la establecida por la ley nacional. Añadió que la provincia ni siquiera invocó haberse adherido a la prórroga prevista por el art. 58 de la ley 25.725 y que no era posible atribuir tal alcance al art. 51 de la ley 13.002.

Sobre la base de las observaciones efectuadas en aquel fallo y con la finalidad de ajustar el régimen local al nacional, se sancionó la ley 13.436, reglamentada por el decreto 577/06, cuyas disposiciones, a criterio del tribunal apelado, resultan suficientes para superar los reparos aludidos.

Sin embargo, considero que asiste razón al apelante en cuanto sostiene que la objeción vinculada a la diferencia existente entre las

fechas de corte establecidas no obtuvo respuesta por parte de las autoridades provinciales. Entiendo que ello es así, pues al momento de sancionarse la ley 12.836 –que fijó el 30 de noviembre de 2001 como fecha de corte– aún no regía la prórroga establecida por el art. 58 de la ley 25.725, sino la fecha originaria que fijó la ley 25.344, es decir el 1° de enero de 2000. Por lo demás, no se advierte disposición alguna de la ley 13.436 que permita concluir en que el legislador provincial tuvo intención de adherir a cualquiera de las prórrogas fijadas por las diferentes leyes nacionales.

En este orden de ideas, cabe señalar que, en el pronunciamiento recaído en la causa “Vergnano de Rodríguez”, V.E. puso especial énfasis en los perjuicios que derivaban de aquella diferencia de casi dos años en los plazos de cancelación de las acreencias. Tal circunstancia llevó a incluir el art. 10 de la ley 13.436, que habilitó al Poder Ejecutivo a modificar los términos y condiciones de los bonos de consolidación a emitir, “de manera que la amortización total de los mismos se complete en el mes de enero del año 2016”. Si bien la corrección introducida se ajusta a la observación del Tribunal, lo relevante en el *sub lite* es que si se considera válida la fecha de corte establecida por la ley 12.836, en cuanto se extiende hasta el 30 de noviembre de 2001, el crédito de autos quedaría comprendido en el régimen de consolidación, pues el hecho que dio origen a la obligación cuyo cumplimiento se reclama a la demandada sucedió el 20 de noviembre de 2001.

Al respecto, conviene recordar que V.E. ha tenido oportunidad de expedirse acerca de la validez de las normas locales de consolidación que abarcan un período superior al fijado por la ley nacional y que, con posterioridad, aquella extensión queda comprendida en los términos de otra norma nacional que extiende la fecha de corte. En tal hipótesis, el Tribunal sostuvo que la mera coincidencia entre el período que abarca el ordenamiento nacional y el de la ley provincial no resulta suficiente para otorgar sustento a esta última, sino que se requiere un acto expreso y válido de adhesión por parte de la legislatura local (v. sentencia del 1° de julio de 2008, *in re* P. 794, L. XLII, “Prado, Emilce Noemí c/ Eduardo Lagraña y/o Estado de la Pcia. de Corrientes y/o q.r.r. s/ ordinario”).

En esas condiciones, pienso que la ley 12.836 –cuya inconstitucionalidad fue declarada, precisamente, por no ajustarse a la norma nacional a la que adhirió– no resulta apta para consolidar las obliga-

ciones a cargo del Estado provincial originadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1999, como ocurre en el caso de autos, ya que la prórroga establecida para las obligaciones generales por el art. 58 de la ley 25.725 –a la que alude el *a quo* para justificar la extensión en el orden local– sólo rige en el ámbito nacional y no puede operar de pleno derecho para los pasivos de la provincia, toda vez que ella es la única habilitada para decidir si adhiere a la prórroga en ejercicio de las facultades inherentes a su calidad de Estado autónomo (arts. 5º y 122 de la Constitución Nacional).

De conformidad con la solución que se propugna en el *sub lite*, estimo que se ha tornado insustancial el tratamiento de los restantes agravios esgrimidos por el apelante.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto la sentencia apelada. Buenos Aires, 14 de agosto de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Cavada, Juana Estela y otro c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen

para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo expresado.

Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Juana Estela Cavada, Adriana Elizabeth Ibáñez, José Alberto Ibáñez, Verónica Liliana Ibáñez, María de las Mercedes Ibáñez**, representados por su letrado patrocinante, el **Dr. Julián Portela**.

Traslado contestado por la **Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires**, representada por **Hernán R. Gómez – Fiscal de Estado adjunto–** y por la **Dra. Beatriz Adriana Bruno**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires – Secretaría Civil y Comercial**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Segunda de Apelación Civil y Comercial de La Plata –Sala III–. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 17 de la Plata**.

EDELAR S.A. c/ SE Y M RESOL. 41/01 – ENRE – RESOL. 1576/98 (EX. 3638/97)

ENERGIA ELECTRICA.

Dado que la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del art. 75, inc. 13, 18 y 30 de la Constitución Nacional, ello justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos de quienes operan en el Mercado Eléctrico Mayorista, pues se encuentra involucrado el comercio federal de energía, y el marco normativo jurisdiccional que rige la materia –art. 10 de la reglamentación de la ley 24.065, complementaria de la ley 15.336– declara sujetos a jurisdicción nacional los contratos celebrados por los grandes usuarios cuando se ejecuten a través del Sistema Argentino de Interconexión, en virtud de que dicha ejecución implica emplear las instalaciones de transmisión y transformación que integran el sistema.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Ver también: “EDESAL S.A. c/ Resolución ENRE 472/01 y Resolución SE 716/05 y otros”, sentencia del 21 de septiembre de 2010–.

ENERGIA ELECTRICA.

Para surgir la competencia jurisdiccional del ente regulador nacional, lo determinante es tanto la calidad de las personas involucradas –agentes del Merca-

do Eléctrico Mayorista nacional– como la materia que se disputa, es decir, las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte., careciendo de importancia que las redes por donde se desarrolla el transporte pertenezcan al sistema eléctrico provincial.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Ver también: “EDESAL S.A. c/ Resolución ENRE 472/01 y Resolución SE 716/05 y otros”, sentencia del 21 de septiembre de 2010–.

ENERGIA ELECTRICA.

Toda vez que la materia del caso se centra en la sanción aplicada a la actora como consecuencia del incumplimiento en la calidad de la prestación adicional de la función técnica (FTT) del transporte de energía eléctrica, la disputa debe resolverse por aplicación del régimen estatuario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, descartándose la aplicación del art. 78 de la ley 24.065 –violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad–, pues para delimitar el alcance de dicha cláusula es preciso computar la totalidad de los preceptos legales de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Ver también: “EDESAL S.A. c/ Resolución ENRE 472/01 y Resolución SE 716/05 y otros”, sentencia del 21 de septiembre de 2010–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 234/239, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I) desestimó parcialmente el recurso directo, previsto en el art. 76 de la ley 24.065, de la Empresa Distribuidora de Electricidad de La Rioja S.A. (EDELAR S.A.) contra las resoluciones 1576/98 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y 41/01 de la Secretaría de Energía y Minería de la Nación mediante las cuales, respectivamente, se sancionó a la actora por incumplimiento de las normas de calidad de servicio previstas en el punto 5, apartado 5.2.2 del anexo 27 de “Los procedimientos para la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios” (en adelante “Los Procedimientos”), aprobados por la resolución 61/92 de la Secretaría de Energía Eléctrica y sus modificatorias y se rechazó el recurso

de alzada planteado contra la anterior y contra la resolución 159/94 de la ex Secretaría de Energía (SE) –que aprueba la reglamentación aplicable a la prestación de la función técnica (FTT) del transporte de energía eléctrica–.

Para así decidir, en primer término, la alzada desestimó el agravio de la actora referido a la falta de competencia del ENRE para sancionar los incumplimientos a las normas sobre calidad en el transporte de energía eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), pues consideró que aun cuando aquélla es distribuidora de la Provincia desarrolla esa actividad en un ámbito estrictamente federal.

Entendió, por el contrario, que debía efectuarse una diferente valoración del caso en lo referido a la cláusula del contrato de concesión celebrado entre EDELAR S.A. y la Provincia de La Rioja, en virtud de la cual se exime temporalmente a la primera de sanciones por la prestación del servicio de FTT a los grandes usuarios.

Señaló que si bien la resolución ENRE 1576/98 se fundó en la transgresión al punto 5.2.2 del anexo 27 de “Los Procedimientos” referido al “cargo mensual por uso de la capacidad de transporte”, a su juicio no aparecía de ese ordenamiento algo que pudiera entenderse como “sanción” ya sea contractual o contravencional. Sin perjuicio de ello consideró que la medida adoptada era de naturaleza contractual por basarse en una falla en la prestación del servicio de FTT.

Aseveró de este modo que el ENRE no había dado apoyo normativo para sancionar, pues la regla técnica que había citado para aplicar la medida, si bien cuanto menos podría ser útil para mensurarla, no sirvió para endilgar el incumplimiento.

Descartó, por lo tanto, que tal medida tuviera naturaleza contravencional y estimó, entonces, que el sustento normativo debía encontrarse en el art. 78 de la ley 24.065 en cuanto prevé que las violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad deben ser sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión, entre los cuales debían incluirse los que celebran las provincias.

En tal contexto –dijo– si la norma federal se remitió al contrato sin fijar parámetros concretos sobre los alcances de las sanciones de

tal naturaleza debe estarse a lo allí estipulado. Acotó que bajo dicha óptica se habían celebrado los contratos de concesión de EDESUR y EDENOR, cuyas cláusulas guardan similitud con las del convenio de EDELAR S.A. en cuanto a la exención.

Por lo tanto, concluyó en que el acto donde se impuso la sanción carecía de causa, por no estar sustentado en el derecho aplicable —el cual era al efecto el derecho local— y se encontraba viciado en su objeto, por haberse violado el principio de legalidad contrariando lo establecido en el art. 78 de la ley 24.065.

– II –

Disconforme, el ENRE interpuso el recurso extraordinario de fs. 250/259, el que fue concedido por el *a quo* a fs. 282 al entender que en el *sub lite* se debate acerca de la validez y el alcance de disposiciones de carácter federal y denegado por la causal de arbitrariedad, sin que se dedujera la pertinente queja.

Tras relatar los antecedentes de la causa y criticar la sentencia de fs. 234/239, pone de manifiesto que, si bien se resuelve en el art. 1º de la resolución 1576/98 “sancionar” a la distribuidora por incumplimiento de las normas de calidad, puede advertirse que, de la lectura completa de dicho artículo, lo resuelto no fue técnicamente una sanción sino una reducción de la tarifa de peaje.

Expone que ello se corrobora con la base normativa que se menciona y sirve de sustento a la resolución cuando se dijo que sancionaba a la empresa por incumplimiento de las normas contenidas en el punto 5, apartado 5.2.2 del anexo 27 de “Los Procedimientos” (resolución de a la ex SEE 61/92 y sus modificatorias y complementarias y anexo I de la resolución ex SE 159/94 y sus modificatorias y complementarias), en virtud del cual se establecen las reducciones por falta de cumplimiento de los niveles de interrupciones, en cuyo caso, la tarifa de peaje por transporte en firme se calcula restándole el monto que correspondería a un nivel de calidad de servicios satisfactorio una cantidad igual al valor de la energía no recibida en el semestre controlado. Con esta referencia normativa entiende que quedaba claramente expuesta la causa de la reducción de la tarifa de peaje aplicada.

Sostiene, a mayor abundamiento, que la aludida reducción mensual del peaje a abonar surge tanto del resuelve como de los considerandos del acto, por lo cual no quedaban dudas de que la actividad por la prestación de la FTT era una actividad que los distribuidores provinciales prestan como agentes del MEM y de conformidad con las disposiciones nacionales que rigen a los grandes usuarios del MEM federal.

Afirma que no existe contradicción alguna en el texto del art. 1° de la resolución impugnada, toda vez que la medida aplicada consistió en una “cláusula penal” prevista en el Código Civil, cuyo art. 652 la define como “pena o multa” por el mal cumplimiento o incumplimiento del deudor y la palabra “sanción” es un sinónimo de “pena” o “multa”.

Destaca que el art. 78 de la ley 24.065 cuando se refiere a los contratos de distribución y transporte lo hace sin duda respecto de aquellas concesiones otorgadas por las autoridades federales y, consecuentemente, las sanciones a las que alude son las aplicables a los concesionarios nacionales.

En ese orden de ideas, enfatiza que dicho artículo nunca podría referirse a los concesionarios provinciales, no solo porque, como lo dispone el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan todos los poderes no delegados, sino porque este principio se encuentra plasmado para el sector en el Marco Regulatorio Eléctrico que conforman las leyes 15.336 y 24.065.

– III –

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que en autos se encuentra en discusión el alcance e interpretación del marco regulatorio eléctrico (leyes 15.336 y 24.065), al que V.E. ha otorgado carácter federal (Fallos: 323:2992; 326:3521 y 330:5257) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a los derechos que el apelante funda en aquél (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

En cuanto al fondo del asunto, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales, la Corte no está limitada por las posiciones de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas).

– IV –

Sentado lo anterior, estimo que el tema debatido en autos implica determinar si las sanciones por la prestación de la función técnica del transporte deben ser aplicadas de acuerdo con las previsiones del contrato de concesión provincial de la distribuidora o según las normas federales y, de darse este último supuesto, si en las disposiciones de esa índole se encuentran previstas sanciones por la falta de cumplimiento de la calidad del servicio.

A fin de dilucidar el *sub lite* es necesario recordar que el distribuidor provincial cuando, como en el caso de autos, cumple la prestación de la FTT la electricidad que fluye por sus redes con destino a otra distribuidora o a grandes usuarios no le pertenece porque no la compra ni la vende, sólo la transporta hasta el destino del comprador.

Si el distribuidor se vincula con usuarios finales que no están habilitados para intervenir en el MEM sino en el mercado eléctrico minorista, las transacciones quedan bajo la jurisdicción local, en los términos de los arts. 11, 35 inc. b y 3º primer párrafo de la ley 15.336.

Sin embargo, en la presente causa, resulta destacable que el conflicto se plantea entre un distribuidor provincial que presta la FTT a grandes usuarios que operan en el MEM, ello hace que deban sujetarse necesariamente a las leyes y a la reglamentación federal que rigen el funcionamiento de dicho mercado y que comprenden básicamente las disposiciones de la resolución S.E.E. 61/92 y sus modificatorias y ampliatorias –resoluciones S.E. 137/92, S.E. 159/94 y SEyT 406/96– las cuales prevén un expreso y obligatorio compromiso de los agentes del MEM de operar de acuerdo a la metodología establecida por las normas que regulan su funcionamiento.

En ese sentido, la resolución S.E. 159/94 dispone en sus considerandos que *“la comercialización de energía eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) establecido por la ley 24.065 **está sujeta a la regulación federal** contenida en dicha ley y sus normas complementarias y reglamentarias”* (el énfasis me pertenece). Por su art. 1º la mencionada resolución define a la FTT como el *“servicio de vinculación que cumplen las instalaciones eléctricas que forman parte del Sistema Argentino de Interconexión (SADI) o las que están conectadas con éstas o con instalaciones conectadas con estas últimas, sin distinción de las*

personas públicas o privadas a quienes pertenezcan, en cuanto comunican físicamente a vendedores y compradores de energía eléctrica, entre sí y con el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)".

En ese contexto cabe aclarar que EDELAR S.A. presta la FTT a aquellos grandes usuarios instalados en el área de su concesión, lo que significa que permite el acceso a su red de distribución a los grandes usuarios que tienen la facultad de contratar su propio suministro de electricidad, a diferencia de los usuarios comunes, que no la tienen.

Una arraigada doctrina ha establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del art. 75, inc. 13 de la Constitución Nacional. Así lo recordó V.E. en Fallos: 320:1302, al señalar que en esa inteligencia el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 en el ejercicio de su competencia para legislar sobre la planificación, las pautas generales y la ordenación de las políticas energéticas. Esas facultades –se dijo entonces– inspiran el régimen legal vigente y se justifican si se advierten las modalidades asumidas por la explotación de la energía que integran, en el llamado Sistema Argentino de Interconexión (SADI), los puntos de generación y consumo que puedan originarse en distintas jurisdicciones (v. considerando 5º). Más adelante, en el caso de la "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)" (Fallos: 322:1781) se sostuvo, con directa relación al llamado Pacto Federal suscripto el 12 de agosto de 1993, que dicho acuerdo, creación legal del federalismo de concertación, venía a integrar el marco federal de la energía.

Ya la ley 15.336 (sancionada el 15 de septiembre de 1960 y publicada en el B.O. el 22 de septiembre de ese año) sujetó a sus disposiciones las actividades "*destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional*" (art. 1º). Respecto de las tres primeras, les compete tal jurisdicción cuando –entre otros supuestos– "*se destinen a servir al comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra*" o cuando "*en cualquier punto del país integren la red nacional de Interconexión*" (art. 6º, incs. b y e). En cuanto a la distribución, la ley denomina "*servicio público de electricidad*" a la "*distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad*" (art. 3º), estableciéndose

que de pertenecer la distribución a la jurisdicción local los gobiernos provinciales resolverán en todo lo referente al otorgamiento de las autorizaciones y concesiones y ejercerán las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional (art. 11 modificado por la ley 24.065).

Coexisten, pues, en la ley, sistemas de regulación de carácter federal y otros provinciales y una Red Nacional de Interconexión integrada por los servicios nacionales interconectados.

La ley 24.065 vino a integrar con la anterior el “*marco regulatorio eléctrico*” (art. 92) y, según se afirma en el art. 85, es “*complementaria de la ley 15.336 y tiene su mismo ámbito y autoridad de aplicación*”. La norma califica como servicio público no sólo a la distribución sino también al transporte de fluido (art. 1º) y considera “*actores reconocidos del mercado eléctrico*” a los generadores o productores, a los transportistas, a los distribuidores e introduce la figura de los “grandes usuarios” (art. 4º). Por su parte, la reglamentación precisa que es gran usuario quien “*por sus características de consumo puede celebrar contratos de compra-venta de energía eléctrica en bloque con los generadores que define el inc. a) del art. 35 de la ley 24.065, estando sujetos a jurisdicción nacional cuando tales contratos se ejecuten a través del sistema argentino de interconexión... Aclárase que todo contrato del Mercado a Término (MEM) se ejecuta a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI). A su vez, implica operar en el Mercado Spot del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) para transar los saldos cuando existieren*” (–el resaltado no es del original– art. 10 del anexo I del decreto 1398/92, modificado por el decreto 186/95).

Cabe consignar, entonces, que todo gran usuario, cualquiera sea su ubicación territorial, en cuanto contrata su abastecimiento con un generador en el MEM para ser ejecutado a través del SADI (art. 35 de la ley 24.065, art. 10 del decreto 1398/92 y resolución SE 137/92), está sometido a la jurisdicción federal y como cualquier otro agente de ese mercado, debe actuar de conformidad con las normas dictadas por la Secretaría de Energía (art. 6º del decreto 186/95).

Como se ha recordado anteriormente, la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del art. 75, inc. 13, como así también en los incs. 18 y 30 de ese artículo (Fallos: 305:1847; 320:1302; 322:2624; 323:3949 y 329:595). Ello justifica el

sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos de quienes operan en el MEM, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía.

En ese sentido, no existen dudas acerca del marco normativo jurisdiccional que rige la causa si se recuerda que el art. 10 de la reglamentación de la ley 24.065 —que es por su propia definición “*complementaria*” de la ley 15.336 y juntamente con ésta, conforma el marco regulatorio de la materia—, declara “*sujetos a jurisdicción nacional*” los contratos celebrados por los grandes usuarios cuando “*se ejecuten a través del Sistema Argentino de Interconexión*”, pues esa ejecución implica emplear las instalaciones de transmisión y transformación que integran el sistema.

Cabe recordar que las distribuidoras transportan y comercializan a sus usuarios comunes energía eléctrica que han comprado en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), mientras que cuando prestan la FTT solo transportan. En tanto y en cuanto cumplen esta función, lo hacen exclusivamente en base al funcionamiento del mercado mayorista e independientemente de sus funciones de distribuidor local, debiendo sujetarse necesariamente a todas sus normas y reglamentaciones ya que están actuando en un ámbito estrictamente federal.

Carece de importancia que las redes por donde se desarrolla el transporte pertenezcan al sistema eléctrico provincial porque, para hacer surgir la competencia jurisdiccional del ente regulador nacional, lo determinante es tanto la calidad de las personas involucradas —agentes del Mercado Eléctrico Mayorista nacional— como la materia en disputa, es decir, las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte (conf. doctrina de Fallos: 329:4438).

Por ello, toda vez que la materia del *sub lite* se centra en la sanción aplicada a la actora como consecuencia del incumplimiento en la calidad de la prestación adicional de la FTT de energía eléctrica en firme resulta claro que la disputa debe resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, en el caso, el anexo 27 de la resolución SEE 61/92 “Los procedimientos”, sus modificatorias y ampliatorias, y no por aplicación de las cláusulas del contrato de concesión provincial.

Por las consideraciones hasta aquí expuestas, opino que debe descartarse la aplicación al *sub lite* del art. 78 de la ley 24.065, pues para

delimitar el alcance de dicha cláusula es preciso computar la totalidad de los preceptos legales de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:111 y 1036 y sus citas). En consecuencia, el mencionado art. 78, al disponer que “las violaciones o incumplimientos de los contratos... serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión” se refiere a los servicios concesionados por las autoridades nacionales y debe ser entendido en el sentido de que corresponderá aplicar las disposiciones de los convenios suscriptos con las autoridades locales cuando se verifique un incumplimiento en la calidad del servicio suministrado a usuarios comunes y no a grandes usuarios, ya que las faltas incurridas por la distribuidora local en la prestación de la FTT se rigen por las disposiciones de “Los Procedimientos”.

Estimo, por otra parte, que en ese ordenamiento jurídico se encuentran previstas las sanciones por la falta de calidad en la prestación de la FTT, pues en el punto 5 del citado anexo 27 de “Los Procedimientos” titulado “**Normas de Calidad de Servicio y Modificaciones de los Precios de los Peajes**” se faculta al ENRE para que en el caso de detectar que un Prestador Adicional de la Función Técnica del Transporte de Energía Eléctrica (PAFTT) no esté cumpliendo con niveles de calidad satisfactorios –según los indicadores incluidos en la norma– instruya al Organismo Encargado del Despacho (OED) “...a recalcular la tarifa de peaje que corresponda a una menor calidad del servicio, de conformidad con los mecanismos que se detallan en los puntos 5.1.2. y 5.2.2”.

En ese sentido el punto 5.2.2 “**Reducciones por incumplimientos con los niveles de fallas**” dispone que “*Si en un semestre, un UFTT sufriera más interrupciones mayores a tres minutos que las establecidas en el cuadro a) y/o estuviera sin suministro más tiempo que el indicado en el cuadro b) del punto anterior, los precios del peaje que tendrá derecho a cobrar el PAFTT por la prestación de la FTT, serán menores que los correspondientes a un nivel de calidad de servicio satisfactorio. En tales casos, durante el semestre inmediatamente posterior al controlado, la Tarifa de Peaje por transporte firme que dicho UFTT abonará al PAFTT al cual esté directamente conectado, se calculará restándole al monto que correspondería a un nivel de calidad de servicio satisfactorio, una cantidad igual al valor de la energía no recibida en el semestre controlado, valorada al*

costo de la energía no suministrada en el MEM, dividido seis
(el destacado no es del original).

Ante lo expuesto resulta, a mi juicio, indudable que el texto prevé una medida sancionatoria por el incumplimiento con los niveles de fallas, la cual se traduce en reducciones de la tarifa de peaje.

De allí que, no merecen óbice las resoluciones impugnadas por la actora que la sancionaron por incumplir las normas de calidad de servicio en la prestación de la FTT previstas en el marco regulatorio federal.

No obsta a lo precedentemente expuesto la doctrina de Fallos: 329:4438 donde se decidió que el conflicto suscitado entre un gran usuario y la distribuidora debía ser resuelto por las previsiones del contrato de concesión de distribución de energía eléctrica provincial, porque tal afirmación se hizo ante la ausencia de normas federales que determinaran la modalidad de cobro de recargos por exceso de la capacidad de suministro.

– V –

Por lo tanto, opino que cabe hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia de fs. 234/239, en cuanto fue materia de él. Buenos Aires, 16 de junio de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Edelar S.A. c/ SE y M resol. 41/01 – ENRE – resol. 1576/98 (ex. 3638/97)”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos funda-

mentos son compartidos por el Tribunal, y a los que cabe remitirse por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia de fs. 234/239 en cuanto fue materia de recurso. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, demandado en autos**, representado por el Dr. **Miguel Ángel Ferrara** Traslado contestado por **la Empresa Distribuidora de Electricidad de La Rioja S.A. (Edelar S.A.), actora en autos**, representada por el Dr. **Máximo J. Fonrouge**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I.**

GUSTAVO ALEJANDRO MUNCH

DETENCION DE PERSONAS.

Si el procedimiento se basó en una supuesta “actitud sospechosa” atribuida al imputado, sin expresar en absoluto las circunstancias o la existencia de elementos objetivos que fundamentaran esa atribución, ya que entre otras omisiones del relato ni siquiera se describe saber cuál fue el comportamiento que se consideró sospechoso y qué es lo que cabía sospechar, no resulta posible determinar si la detención obedeció a “circunstancias que la justifiquen”, conforme lo exige el art. 13, inc. b, de la ley 688 de la Provincia de Santa Cruz y de acuerdo a los conceptos análogos de “causa probable” y “sospecha razonable”, ya que toda medida de coerción en el proceso penal, en tanto supone una injerencia estatal en derechos de rango constitucional, se encuentra sometida a restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada arbitrariamente y que en última instancia pueda ser sometida al escrutinio imparcial de los jueces (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia—.

—La mayoría del Tribunal desestimó la queja por no haberse cumplido con el recaudo establecido en el art. 4° de la acordada 4/2007—.

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Para mejor dictaminar en la presente queja, solicito a V.E. que ordene la elevación de los autos principales y, luego de recibidos, me confiera una nueva vista. Buenos Aires, 20 de agosto de 2009. *Eduardo Ezequiel Casal*.

Suprema Corte:

– I –

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó, por mayoría, el recurso interpuesto por la defensa de Gustavo Alejandro Munch contra la sentencia que lo condenó a la pena de cinco años de prisión, mil pesos de multa, accesorias y costas, como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Contra esa decisión dedujo recurso extraordinario (fs. 12/25), cuya denegación motivó la presente queja.

– II –

La causa se inició con una nota del subcomisario a cargo de la sección leyes especiales de la Policía de Santa Cruz remitida al Juzgado Federal de Río Gallegos, por la que se informaba que personal de la brigada de investigaciones había conducido a Gustavo Alejandro Munch a una dependencia policial en ejercicio de las facultades conferidas por la ley provincial N° 688 (averiguación de antecedentes y medios de vida) y que como resultado de la requisita personal a que fue entonces sometido habían sido incautados dos envoltorios que contenían clorhidrato de cocaína.

En la misma nota se solicitó al juez que, basado en ese hallazgo, expidiese una orden para allanar la habitación del hotel en que se hospedaba Munch, que no residía en forma permanente en la ciudad y se encontraba allí “de paseo”. (fs. 1 del expte. principal).

El magistrado a cargo de la investigación autorizó la medida solicitada (fs. 2) y la diligencia culminó con el secuestro de estupefacientes y demás elementos relacionados con el delito (fs. 29/35).

A partir de esa comprobación, la causa siguió su curso y Munch fue enjuiciado y declarado culpable de tener estupefacientes con fines de comercialización (fs. 543/557).

La defensa impugnó la condena por considerar que la evidencia había sido adquirida en violación a las garantías procesales del imputado, pues su detención y posterior requisa personal no había sido autorizada por el juez y no respondía a circunstancias de urgencia y sospecha razonable que pudieran haber justificado la actuación de la policía sin orden judicial. Sostuvo, asimismo, que la irregularidad del referido procedimiento invalidaba, por carácter transitivo, la orden de allanamiento que se emitió exclusivamente con esa base (fs. 564 vta./565).

El voto mayoritario de la cámara de casación encontró legítimo el registro de la habitación del hotel donde se alojaba Munch, pues consideró que la orden de allanamiento expedida por el juez competente estaba justificada por los antecedentes del caso, es decir, por la circunstancia de que la policía sorprendió al acusado con drogas prohibidas entre sus pertenencias. Y en cuanto a la legitimidad de esa intervención anterior de los oficiales, sostuvo que “obedeció a una actitud sospechosa advertida por el personal policial, quien en el marco de la (...) normativa provincial y ante la circunstancia de que el nombrado se encontraba de paso por aquella localidad, procedió a conducirlo a la dependencia policial para así averiguar sus antecedentes, medios de vida y efectuar la requisa pertinente en presencia de los testigos convocados al efecto” (fs. 596 vta.).

En su apelación federal, la defensa señaló que el defecto de la sentencia residía en que el tribunal consideró que el planteo central estaba referido a la legitimidad del allanamiento, cuando lo que se cuestionaba en primer lugar era la validez de la requisa personal a que fue sometido Munch y que inició el curso de prueba que culminó con su condena.

A ese respecto, insistió en que esa diligencia vulneró las garantías constitucionales del imputado y no se ajustó a las normas del Código Procesal Penal, en la medida en que éstas sólo autorizan la requisa

personal por parte de las fuerzas de seguridad sin orden judicial siempre que existan motivos suficientes para sospechar que un sujeto lleva sobre su persona cosas que puedan ser útiles para la averiguación de un delito y cuando razones de urgencia justifiquen la actuación inmediata, extremos que no se verifican en el caso, pues se desconocen los motivos por los cuales la policía afirmó que había en Munch una “actitud sospechosa”.

– III –

El recurso en examen suscita cuestión federal, toda vez que conduce sustancialmente a la determinación del alcance de la garantía del debido proceso y la que establece que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente (Fallos: 317:1985; 321:2947; 325:2485).

En efecto, el tema a resolver es si a tenor de esas cláusulas constitucionales y las leyes dictadas en su consecuencia, los funcionarios policiales se encontraban habilitados para detener y requisar al imputado teniendo en cuenta las circunstancias presentes al momento del hecho.

En particular, no puede obviarse la consideración de la ley provincial N° 688, pues ésta se invocó para dar validez al procedimiento al amparo de lo que establece en su artículo 13, inciso “b”, es decir, la facultad policial de detener por el plazo mínimo indispensable y no mayor a 24 horas, a toda persona cuyos antecedentes y medios de vida sea necesario conocer en circunstancias que lo justifiquen.

La discusión no es novedosa y ya ha sido abordada en repetidas ocasiones por V.E., en las que se destacó invariablemente que las normas de procedimiento penal e inclusive las leyes orgánicas de la policía, reglamentan la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional y prevén los casos y las condiciones bajo los cuales los agentes de las fuerzas de seguridad pueden arrestar a un individuo o practicar medidas que supongan una injerencia en su ámbito privado, sin contar con una autorización judicial.

En este sentido, se afirmó el deber policial de detener a las personas sorprendidas en flagrante delito y a aquéllas contra las que haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad (conf.

Fallos: 321:2947, con referencia al artículo 4 del anterior Código de Procedimientos en Materia Penal, similar al actual artículo 284 del Código Procesal Penal vigente); la potestad de demorar individuos por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad cuando existan circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que hubiesen cometido o pudieren cometer algún delito o contravención (Fallos: 325:2485); así como a la facultad de requisar a las personas e inspeccionar sus efectos personales en concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dicha medida (conf. “Peralta Cano”, letra “P”, N° 1666, libro XLI, del 3 de mayo de 2007).

Para precisar mejor el alcance y sentido de esas normas, V.E. estimó ilustrativo acudir a los conceptos de “causa probable” y “sospecha razonable” elaborados por la Suprema Corte de los Estados Unidos para admitir la facultad policial de arresto y registro personal (“stop and frisk”), dando ocasión a una interesante casuística que presenta como nota común el deber de examinar “la totalidad de la circunstancias” en que tuvo lugar medida de coerción a los fines de evaluar su adecuación constitucional.

Así, por ejemplo, en Fallos: 317:1985 se consideró que “la necesidad de efectuar una mayor verificación de la documentación del vehículo” alegada por la policía no resultaba una razón legítima para detener a su conductor. Por el contrario, en Fallos: 321:2947 se encontró justificada la requisa de un automóvil realizada por una partida policial específicamente comisionada para recorrer la zona en que se verificó el procedimiento en la función de prevención del delito, al advertir que quienes se encontraban en el interior del rodado se hallaban en “actitud sospechosa”. En ese caso se hizo referencia a la necesidad de actuar en forma inmediata cuando se trata de vehículos en movimiento que pueden rápidamente salir de la jurisdicción y a la menor expectativa de privacidad que existe dentro de un auto que circula por la vía pública.

En el precedente publicado en Fallos: 325:2485 la Corte convalidó la demora de un ciudadano en la vía pública con el fin de averiguar su identidad –lapso durante el cual fueron hallados a simple vista estupefacientes entre sus pertenencias– motivada en “un conjunto de actitudes tales como el nerviosismo puesto de manifiesto (...) ante la presencia del móvil policial y el hecho de que se trataba de una persona que por su comportamiento y vestimenta no parecía de la zona, el cual

al ser consultado por la razón de su presencia en el lugar, hizo referencia a la búsqueda de un material electrónico de repuesto totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños, pues se trataba de una zona de gente humilde, en su mayoría habitantes de una villa en el bajo Flores”.

Un “gran nerviosismo” o “cierto estado de nerviosismo” manifestado ante la presencia de un oficial de policía que se identifica como tal en el contexto de su específica tarea de patrullar en prevención del delito, ha sido considerado una razón valedera para proceder al registro personal cuando a la luz de la experiencia del funcionario interviniente genera una razonable sospecha de que el individuo posee cosas relacionadas con un delito (Fallos: 325:3322 y 326:41).

En un caso más reciente, V.E. compartió la opinión sostenida por esta Procuración General al dictaminar en los autos “Peralta Cano”, letra “P”, N° 1666, libro XLI, y declaró inválida la detención y la requisita personal del acusado basada en la solitaria versión del policía que realizó el procedimiento, quien refirió que había recibido un llamado anónimo que alertaba acerca de la presencia de un sujeto que se comportaba en forma sospechosa. Allí se valoró que el agente “no dio cuenta de las circunstancias objetivas del procedimiento, atestando las comprobaciones y relatando los hechos a medida que ocurren, sino que transformó (las actuaciones) en una transcripción *a posteriori* de la versión brindada (por él mismo)”.

He creído pertinente consignar en forma breve estos antecedentes, en la medida en que pueden suministrar criterios útiles para evaluar si la situación que se presenta en el *sub lite* se adecuó al estándar fijado por la Constitución y sus leyes reglamentarias.

Para ello también resulta necesario acudir a las constancias del sumario relacionadas con la detención de Gustavo Alejandro Munch, que permiten conocer que éste fue “demorado” por personal de una brigada de investigaciones “con el objeto de darle ingreso por la ley 688 (provincial)” y se lo sometió a una requisita personal con el resultado ya anticipado (fs. 1).

A fojas 6 obra un informe suscripto por el oficial inspector Jorge Ortiz que detalla que Munch estaba demorado por “averiguación de antecedentes y medios de vida, para ser alojado luego en la Comisaría Seccional Segunda”, y ya sin utilizar el término “requisita”, señala que “al

momento de efectuar el recibo de (sus) pertenencias” (...) se constata en sus efectos, entre otras cosas, la suma de unos quinientos pesos y dos papeles envueltos, conteniendo éstos una sustancia gris y blanca”.

A fojas 7 el oficial Poblete brindó alguna precisión respecto del momento mismo en que detuvo al imputado. El funcionario policial expresó que en circunstancias en que se hallaba apostado en el hotel “Liporace”, en procura de establecer el paradero de una persona que debía declarar en otra causa, observó “el movimiento de una persona de sexo masculino, en actitud sospechosa” y que “ante tal situación se procedió a conducirlo a (la) Brigada (...) en atención a lo previsto en la ley provincial N° 688/71 en su artículo 13, inciso “b””.

Como puede apreciarse, el procedimiento se basó en una supuesta “actitud sospechosa” atribuida al imputado, sin expresar en absoluto las circunstancias o la existencia de elementos objetivos que fundamentaran esa atribución. Entre otras omisiones del relato, ni siquiera se describe saber cuál fue el comportamiento que se consideró sospechoso y qué es lo que cabía sospechar.

Entiendo que en tales condiciones no resulta posible determinar si la detención obedeció a “circunstancias que la justifiquen”, conforme lo exige el citado artículo 13, inc. “b” de la ley N° 688 y de acuerdo a las pautas elaboradas por V.E. en torno a los conceptos análogos de “causa probable” y “sospecha razonable”.

Es que toda medida de coerción en el proceso penal, en tanto supone una injerencia estatal en derechos de rango constitucional, se encuentra sometida a restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada arbitrariamente y que en última instancia pueda ser sometida al escrutinio imparcial de los jueces.

Como ha sido destacado en el voto en disidencia del doctor Petracchi en Fallos: 321:2947, “el control judicial es la vía que ha de garantizar al ciudadano frente a toda actuación estatal injustificada. Los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y no se encuentran facultados para ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos. Como correlato, ello supone que los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación de tal forma que dicho control pueda ser efectivamente ejercido” (considerando 6°).

En definitiva, y como también se concluye en la opinión citada, “todas las protecciones que el art. 18 de la Constitución Nacional asegura frente a las intromisiones estatales en los derechos del individuo tienen como común denominador la proscripción de la arbitrariedad.”. “Ello implica que los funcionarios que intervengan en hechos que comprometan tales garantías carguen con el deber mínimo de fundar sus actos de modo tal que no se frustré la necesaria revisión de su razonabilidad” (considerando 12).

La fundamentación que se exige no consiste sino en asentar “la totalidad de las circunstancias” particulares del caso que llevan a la aplicación de una determinada consecuencia jurídica, y su opuesto simétrico es la mera invocación de “un concepto que, sin cambio alguno, podría servir de comodín para ser utilizado en cualquier otro supuesto”.

Esta última falencia es la que a mi criterio se presenta en el *sub lite*, pues para justificar la detención de Munch se acudió a la caracterización abstracta de su comportamiento como “actitud sospechosa”, sin que tal caracterización haya sido dotada de contenido material mediante la referencia a la multiplicidad de elementos fácticos que, es de suponer, se encontraban presentes al momento de hecho, a partir de los cuales hubiera sido posible controlar la razonabilidad del conjunto de inferencias que cabe considerar realizó el policía actuante para concluir que, a la luz de su experiencia, se enfrentaba con uno de los supuestos que autorizan su intervención.

En consecuencia, conforme la regla de exclusión de la prueba inválida establecida por V.E. en Fallos: 308:733 y concordantes, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 9 de noviembre de 2009. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Gustavo Alejandro Munch en la causa Munch, Gustavo Alejandro s/ causa N° 9283”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el apelante no ha dado cumplimiento al recaudo establecido por el artículo 4° de la acordada 4/2007, por lo que corresponde declarar inadmisibles esta presentación directa.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que esta Corte comparte lo expuesto por el señor Procurador Fiscal en su dictamen, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Hágase saber, agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Gustavo Alejandro Munch**, representado por la **Defensora Oficial, Laura Beatriz Pollastri**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut**.

OSVALDO RAUL TICERA c/ PEN M° JUSTICIA Y DDHH RESOL. 273/00

INDEMNIZACION.

Corresponde confirmar la sentencia que estableció la indemnización por aplicación de la ley 24.043 tomando como base la remuneración de un agente Nivel "A" y no de Nivel "A", grado "8" como reclama el actor, ya que la inteligencia asignada al precepto por la cámara es razonable y encuentra cabida en los métodos de interpretación usualmente aceptados para este tipo de situaciones al entender que el adicional por grado no debe incluirse en el cómputo del beneficio legal, porque su percepción depende de condiciones propias y variables del agente, y sobre la base de los textos normativos que regulan las retribuciones del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) confirmó la sentencia de primera instancia de fs. 113/115, por la que se rechazó la pretensión del actor de que la indemnización que se le reconoció por resolución 237/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por aplicación de la ley 24.043, se calcule sobre la base de la remuneración del Nivel "A", Grado "8" del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (v. copia certificada de la sentencia del 1° de noviembre de 2007, obrante a fs. 146/148, según providencia de fs. 153).

Para resolver de ese modo, la cámara entendió aplicable al *sub lite* el precedente de V.E. de Fallos: 318:1059 y consideró que la categoría superior del escalafón al que hace referencia el art. 4° de la ley 24.043 para calcular la indemnización que prevé es el nivel "A" del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA) y no el Nivel "A", Grado "8", que reclama el actor, porque el adicional por grado depende de las calificaciones anuales de cada agente y de los créditos de capacitación que obtenga.

En tal sentido, afirmó que la intención del legislador al conceder el beneficio fue excluir los adicionales particulares y que, por lo tanto, al ser reemplazado el escalafón aprobado por el decreto 1428/73, por un nuevo régimen, únicamente se debe computar como “categoría superior del escalafón” al Nivel “A”, sin incluir los suplementos que dependen de condiciones propias y variables del agente.

También desestimó el argumento del apelante fundado en que la ley 25.914 tome la remuneración del agente Nivel “A”, Grado “8” como indemnización de las violaciones a los derechos humanos que intenta reparar, porque, en opinión del *a quo*, es una norma específica cuyo ámbito subjetivo comprende a un número de personas calificadas por las características propias de su nacimiento en cautiverio, o que hubieran permanecido en prisión siendo menores. Se trata de una situación particular que el legislador contempló de modo diferente a la regulación de la ley 24.043.

Tampoco admitió el planteo del actor por el que cuestiona la validez del régimen de conversión a pesos de los títulos de la deuda pública nominados en dólares estadounidenses previstos como opción de cobro por la ley 23.982. Para ello, resaltó que aquél tiene reconocida una indemnización en pesos y no en dólares, que se encuentra alcanzada por la ley 23.982 y que el art. 10 de la ley 25.565 dio por cancelada la opción de los acreedores de recibir bonos en dólares y dispuso que se conviertan a moneda nacional las obligaciones que todavía no se habían satisfecho con la entrega de bonos, en las condiciones del decreto 1873/02.

– II –

Disconforme, el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 155/171, que fue concedido (fs. 181).

Sostiene, en síntesis, los siguientes agravios: (i) no es cierto que la Corte Suprema en el precedente “Birt” (Fallos: 318:1059) haya sentado doctrina judicial en cuanto a que el Nivel “A” es la categoría superior del SINAPA, a efectos de calcular la indemnización que contempla el art. 4° de la ley 24.043. Ello es así, dice, porque en ese caso lo único que se discutía era el régimen que se debía aplicar a tal fin, producto de que el escalafón del decreto 1428/73 había sido reemplazado por el aprobado por el decreto 993/91 y en ningún momento se hace re-

ferencia a que la categoría máxima es aquel nivel y no se incluye al grado. (ii) La distinción entre adicionales generales y particulares era propia del escalafón aprobado por el decreto 1428/73. Los primeros correspondían al conjunto del escalafón y los segundos únicamente a algunos. Por ello, no toda posición o categoría escalafonaria resultaba alcanzada por algunos de los adicionales particulares y, por lo tanto, era razonable la diferencia que establece el art. 4° de la ley 24.043, pero las posiciones del escalafón que lo reemplazó (el SINAPA, aprobado por el decreto 993/91) corresponden a niveles con sus grados, según lo intenta demostrar con la interpretación que le asigna a los arts. 2°, 8° y concordantes del SINAPA. Así, de la comparación entre ambos escalafones, afirma que, a efectos de aplicar la ley 24.043, el grado no es un adicional particular porque alcanza a todas las posiciones escalafonarias. (iii) Cuestiona también que la sentencia haya considerado que todos los suplementos cuya percepción depende de condiciones propias y variables del agente están excluidas del cómputo del beneficio de la ley 24.043, considerando en tal inteligencia que el grado es uno de esos suplementos. En su criterio, el grado no es un suplemento que perciben sólo determinados agentes, sino que se aplica a todo el escalafón, porque en el SINAPA la carrera administrativa posibilita el ascenso vertical, mediante la promoción de niveles, y horizontal, por grados, y la remuneración por ambos conceptos está sujeta a aportes jubilatorios. (iv) Contrariamente a lo que afirma *a quo*, el Nivel “A” no es la categoría superior del SINAPA, porque dicho escalafón contempla la movilidad vertical y horizontal de los agentes. De modo tal que un agente que ingresa en el Nivel “A”, Grado “0” puede llegar hasta el grado “8”. (v) la sentencia apelada desconoce el verdadero valor y sentido de la ley 25.914 en relación con la indemnización que prevé la ley 24.043. Al respecto señala que, aun cuando es cierto que el legislador pudo otorgar diferentes indemnizaciones o considerar bases distintas para su cálculo, la sanción de la ley 25.914 vino a ratificar que la máxima posición escalafonaria del SINAPA es el Nivel “A”, Grado “8”, porque lo único que hace es reemplazar la expresión “categoría superior del escalafón” que contempla el art. 4° de la ley 24.043 por la de “agentes Nivel A, Grado 8”, seguramente con la loable intención de aclarar la cuestión y evitar discusiones interpretativas como las que lo llevaron a promover este juicio. (vi) Finalmente, se agravia de que se le haya impedido recibir bonos de consolidación en dólares estadounidenses sobre la base de que la indemnización le fue reconocida en pesos. En tal sentido, afirma que antes de que entrara en vigencia la ley 25.565 ya había manifestado su voluntad de recibir bonos en dólares y que,

por lo tanto, no se le puede limitar ulteriormente ese derecho, pues ello sería inconstitucional.

– III –

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se encuentra en discusión el alcance e interpretación de la ley 24.043, de naturaleza federal, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48; Fallos: 323:1625).

También cabe tener presente que en la tarea de esclarecer la inteligencia de ese tipo de normas, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas; 328:2671; 329:888).

– IV –

La ley 24.043 otorga una reparación pecuniaria a las personas que fueron privadas de su libertad durante la vigencia del estado de sitio, ya sea porque fueron puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, o porque en condición de civiles fueron condenadas por tribunales militares antes del 10 de diciembre de 1983, hayan o no iniciado acciones judiciales reclamando por tales daños y siempre que no hubieran percibido una indemnización por sentencia judicial con motivo de los hechos contemplados en aquella norma (art. 1º).

El art. 2º establece los requisitos para acceder al beneficio legal: a) haber sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional antes del 10 de diciembre de 1983 y b) en condición de civiles, haber sido privadas de su libertad por actos emanados de tribunales militares, haya habido o no sentencia condenatoria en este fuero.

En cuanto a la determinación del beneficio, en lo que interesa al *sub lite*, el art. 4º de la ley 24.043 establece que “*será igual a la treintava parte de la remuneración mensual asignada a la categoría superior del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional (aprobado por el Decreto N° 1428 del 22 de febrero de 1973, o el que lo reemplace), por cada día que duró la medida mencionada en*

el artículo 2º, incisos a) y b), respecto a cada beneficiario. A este efecto se considerará remuneración mensual a la totalidad de los rubros que integran el salario del agente sujetos a aportes jubilatorios, con exclusión de los adicionales particulares (antigüedad, título, etc.), y se tomará la correspondiente al mes en que se otorgue el beneficio...”

Debido a que al momento de la sanción del régimen legal el escalafón aprobado por el decreto 1428/73 ya había sido reemplazado por el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA), aprobado por el decreto 993/91, se produjeron dudas en cuanto a la forma de calcular el beneficio de la ley 24.043, principalmente porque el primero de aquellos escalafones contendía distintas categorías en los que podían revistar los agentes, mientras que el segundo está constituido por niveles con sus correspondientes grados.

Para zanjar las dudas interpretativas, el Ministerio del Interior (en su momento autoridad de aplicación de la ley 24.043) dictó en forma conjunta con el entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos las resoluciones 15 y 352 del 10 de marzo de 1994 (B.O. 4 de abril de 1994), por las que se decidió calcular el beneficio legal utilizando el escalafón aprobado por el decreto 993/91.

La Corte Suprema también se ocupó de este tema, aunque de modo tangencial, al resolver la causa “Birt” (Fallos: 318:1059), citado por las partes y *la quo*. En esa oportunidad, la mayoría del Tribunal confirmó la sentencia de la cámara que ordenaba calcular el beneficio del art. 6º del decreto 70/91 (régimen antecedente del instaurado por la ley 24.043 y, en lo que ahora interesa, de contenido similar al art. 4º de esta ley), sobre la base de las disposiciones del decreto 993/91, al considerar que el Estado Nacional había adoptado una solución que coincidía con la postura de los actores en el litigio, precisamente porque ya se había dictado la resolución conjunta a la que se hace alusión en el párrafo anterior.

Debido a esta circunstancia procesal, la mayoría de los miembros de la Corte rechazó el recurso extraordinario del demandado y no se pronunció expresamente sobre la cuestión que ahora convoca nuestra atención, aunque varios jueces, en disidencia, sí se expidieron sobre la aplicación del decreto 993/91 para computar la indemnización y entendieron que había que tomar el nivel “A” del SINAPA (v. disidencias de los jueces Moliné O’Connor, Belluscio, Boggiano y López).

– V –

En el *sub examine* no se discute sobre el escalafón que se debe utilizar en cuenta para determinar la indemnización legal, pues existe coincidencia en que es el aprobado por el decreto 993/91. La discrepancia surge entre tomar como base la remuneración de un agente nivel “A” –como lo entiende el demandado y lo resolvió la cámara–, o si, por el contrario, se debe considerar el nivel “A”, grado “8”, como lo reclama el actor.

Considero que la inteligencia que la cámara le asignó al precepto legal bajo examen es razonable y encuentra cabida en los métodos de interpretación usualmente aceptados para este tipo de situaciones.

Aquélla entendió que el adicional por grado no debe incluirse en el cómputo del beneficio legal, porque su percepción depende de condiciones propias y variables del agente. Y lo hizo sobre la base de los textos normativos que regulan las retribuciones del SINAPA, que ciertamente bien pueden avalar esta posición.

En efecto, el Título VI del SINAPA se refiere a las retribuciones e incentivos que pueden percibir los agentes incluidos en el sistema. El art. 57 establece que la retribución de los agentes está constituida por la asignación básica del nivel, más los adicionales, suplementos y bonificaciones que correspondan a su situación de revista, de conformidad con lo que establece en ese mismo título. Y entre los adicionales que se fijan, el primero es el grado (art. 59, inc. a), cuya obtención –y con ello el consiguiente derecho a percibirlo– varía de acuerdo a circunstancias propias y variables de cada agente.

En tales condiciones, es lógico excluirlo de la base de cálculo de la indemnización que prevé la ley 24.043. No obsta a lo expuesto la circunstancia de que la ley 25.914 fije como parámetro para otorgar el beneficio que prevé el nivel “A” grado “8” del SINAPA, porque, aun cuando también es una ley reparatoria de situaciones vividas en una época aciaga de la historia nacional reciente, el legislador puede adoptar diferentes pautas para determinar la compensación legal, tal como se comprueba con el análisis de los arts. 4º de la ley 24.043, 1º de la ley 24.411 y 4º de la ley 25.914.

– VI –

Despejada esta cuestión, resta por examinar el agravio del actor en cuanto impugna la sentencia porque, según dice, le impide recibir

bonos de consolidación en dólares estadounidenses sobre la base de que la indemnización le fue reconocida en pesos, cuando antes de que entrara en vigencia la ley 25.565 ya había manifestado su voluntad de recibir bonos en dólares.

En tal sentido, considero que los temas planteados encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador General del 29 de agosto de 2006, emitido en la causa C. 623. XLI. “Cía. Azucarera Bella Vista S.A. c/ Cía. Nacional Azucarera S.A. y otro s/ incidente de ejecución de honorarios”, a cuyos términos y conclusiones, en cuanto fuere aplicable al *sub lite*, corresponde remitir para evitar repeticiones y extender en demasía el presente. Asimismo, hago notar que el Tribunal dictó sentencia en la mencionada causa el 6 de noviembre de 2007.

– VII –

Por lo tanto, opino que es admisible el recurso extraordinario interpuesto a fs. 155/171 y que corresponde confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 9 de diciembre de 2008. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Ticera, Osvaldo Raúl c/ PEN M° Justicia y DDHH resol. 273/00 s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

Que este Tribunal comparte las consideraciones expuestas por la señora Procuradora Fiscal a fs. 189/192, a las que cabe remitir por razones de brevedad, a excepción del punto VI, párrafo segundo.

Que el agravio del actor concerniente a que con anterioridad a que entrara en vigencia la ley 25.565 ya había manifestado su voluntad de percibir bonos en dólares estadounidenses encuentra adecuada res-

puesta, en cuanto fuera aplicable al *sub lite*, en lo resuelto en la causa C.623.XLI “Cía. Azucarera Bella Vista S.A. c/ Cía. Nacional Azucarera S.A. y otro s/ incidente de ejecución de honorarios”, sentencia del 6 de noviembre de 2007.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Oswaldo Raúl Ticera, actor en autos**, representado por el Dr. **Aníbal Norberto Piaggio**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – demandado en autos**, representado por la Dra. **Cristina B. Colombo**, con el patrocinio letrado del Dr. **Norberto Salvador Bisaro**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5**.

ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES
c/ ESTADO NACIONAL – LEY 26.124

RECURSO DE QUEJA: Depósito previo.

Cabe rechazar el pedido de exención del depósito a fin de tramitar la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que desestimó la acción de amparo iniciada a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.124 y la Decisión Administrativa 495/06 –modificaciones al Presupuesto Nacional–, pues el hecho de que se trate de un recurso interpuesto por una entidad sin fines de lucro en el marco de una causa cuyo objeto carece de contenido patrimonial resulta irrelevante en la medida que la ley de tasas no prevé ese supuesto como una de las causales de exención del pago del depósito que taxativamente enumera, ni exige al amparista de la obligación de integrar aquél, sino que sólo difiere su pago para el supuesto en que el amparo sea rechazado.

–En igual sentido: A 1368 XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional– ley 26.122”, del 3/08/2010–.

RECURSO DE QUEJA: Depósito previo.

Es improcedente el pedido de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 si no se ha ponderado adecuadamente la circunstancia de que el art. 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa amplia delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

—En igual sentido: A 1368 XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.122”, del 3/08/2010—.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.124”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en oportunidad de deducir el presente recurso de queja por denegación del extraordinario, el recurrente solicita que se lo exima de integrar el depósito en esta presentación directa y, subsidiariamente, que se declare la inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 (fs. 46/48 vta.).

2º) Que los argumentos expresados por la recurrente resultan insuficientes para dejar de lado la exigencia del depósito como requisito esencial para la procedencia del recurso de queja, que no vulnera garantía constitucional alguna y sólo cede respecto de quienes se encuentran exentos de pagar la tasa de justicia conforme a las disposiciones de las leyes nacionales respectivas o han obtenido un beneficio de litigar sin gastos por resolución definitiva (conf. Fallos: 295:848; 304:1201; 315:2113; 317:547, entre muchos otros).

3º) Que la mera referencia a los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no altera dicha solución, ya

que el recurrente no demuestra en términos claros y precisos de qué manera las citadas normas se opondrían al establecimiento del depósito en los recursos de hecho por denegación del remedio federal, máxime cuando la ley contempla que están exentos de ese recaudo de admisibilidad quienes demuestren oportunamente carecer de recursos para solventarlo (art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4°) Que, asimismo, el hecho de que se trate de un recurso interpuesto por una entidad sin fines de lucro en el marco de una causa cuyo objeto carece de contenido patrimonial resulta irrelevante en la medida en que la ley de tasas no prevé ese supuesto como una de las causales de exención del pago del depósito que taxativamente enumera. Cabe agregar que la mencionada ley no exige al amparista de la obligación de integrar el depósito, sino que sólo difiere su pago para el supuesto en que el amparo sea rechazado (art. 13, inc. b, de la ley 23.898, y Fallos: 326:1962).

5°) Que, por lo demás, este Tribunal también ha dicho que es inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 si no se ha ponderado adecuadamente la circunstancia de que el art. 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecida en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. causa “Fontenova, Humberto y otra c/ Sala, Arturo Julio y otra”, Fallos: 330:2900 y sus citas).

6°) Que de acuerdo con lo resuelto en la fecha en el expediente A.1319.XLIII “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional – ley 26.124 (DECI 495/06) s/ amparo ley 16.986”, corresponde desestimar la presente queja.

Por ello, se rechazan los pedidos de exención del depósito y de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007, y se desestima la queja. Intímase a la recurrente a que, dentro del quinto día, haga efectivo el depósito establecido por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con la acordada 28/91, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte, y como perteneciente

a estas actuaciones, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por **la Asociación por los Derechos Civiles, actora en autos**, representada por el Dr. **Alejandro Carrió, en carácter de presidente**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Hernán Gulco y Alejandro E. Segarra**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2**.

ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES
c/ ESTADO NACIONAL – LEY 26.122

RECURSO DE QUEJA: Depósito previo.

Cabe rechazar el pedido de exención del depósito a fin de tramitar la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que desestimó la acción de amparo iniciada a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 22 y 24 de la ley 26.122 –Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia– pues el hecho de que se trate de un recurso interpuesto por una entidad sin fines de lucro en el marco de una causa cuyo objeto carece de contenido patrimonial resulta irrelevante en la medida que la ley de tasas no prevé ese supuesto como una de las causales de exención del pago del depósito que taxativamente enumera, ni exime al amparista de la obligación de integrar aquél, sino que sólo difiere su pago para el supuesto en que el amparo sea rechazado.

–En igual sentido: A 1282. XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.124”, del 3/08/2010–.

RECURSO DE QUEJA: Depósito previo.

Es improcedente el pedido de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 si no se ha ponderado adecuadamente la circunstancia de que el art. 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa amplia delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto pro-

porcional o fijo de la queja establecido en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

–En igual sentido: A 1282. XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.124”, del 3/08/2010–.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.122”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en oportunidad de deducir el presente recurso de queja por denegación del extraordinario, el recurrente solicita que se lo exima de integrar el depósito en esta presentación directa y, subsidiariamente, que se declare la inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 (fs. 48/50 vta.).

2º) Que los argumentos expresados por la recurrente resultan insuficientes para dejar de lado la exigencia del depósito como requisito esencial para la procedencia del recurso de queja, que no vulnera garantía constitucional alguna y sólo cede respecto de quienes se encuentran exentos de pagar la tasa de justicia conforme a las disposiciones de las leyes nacionales respectivas o han obtenido un beneficio de litigar sin gastos por resolución definitiva (conf. Fallos: 295:848; 304:1201; 315:2113; 317:547, entre muchos otros).

3º) Que la mera referencia a los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no altera dicha solución, ya que el recurrente no demuestra en términos claros y precisos de qué manera las citadas normas se opondrían al establecimiento del depósito en los recursos de hecho por denegación del remedio federal, máxime cuando la ley contempla que están exentos de ese recaudo de admisibilidad quienes demuestren oportunamente carecer de recursos para

solventarlo (artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4º) Que, asimismo, el hecho de que se trate de un recurso interpuesto por una entidad sin fines de lucro en el marco de una causa cuyo objeto carece de contenido patrimonial resulta irrelevante en la medida en que la ley de tasas no prevé ese supuesto como una de las causales de exención del pago del depósito que taxativamente enumera. Cabe agregar que la mencionada ley no exime al amparista de la obligación de integrar el depósito, sino que sólo difiere su pago para el supuesto en que el amparo sea rechazado (artículo 13, inc. b, de la ley 23.898, y Fallos: 326:1962).

5º) Que, por lo demás, este Tribunal también ha dicho que es inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 si no se ha ponderado adecuadamente la circunstancia de que el artículo 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecida en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. causa “Fontenova, Humberto y otra c/ Sala, Arturo Julio y otra”, Fallos: 330:2900 y sus citas).

6º) Que la queja no satisface los recaudos previstos en el artículo 4º del reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

Por ello, se rechazan los pedidos de exención del depósito y de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007, y se desestima la queja. Intímase a la recurrente para que, dentro del quinto día, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con la acordada 28/91, a la orden de esta Corte, y como perteneciente a estas actuaciones, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por **la Asociación por los Derechos Civiles, actora en autos**, representada por el **Dr. Alejandro Carrió, en carácter de presidente, con el patrocinio de Alejandro E. Segarra.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I y Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11.**

EL TREBOL S.A. BODEGAS Y VIÑEDOS

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Cabe revocar la decisión que declaró la caducidad de la instancia extraordinaria local, en el marco del incidente de revisión deducido por la fallida contra la resolución que declaró admisible el crédito quirografario insinuado por la AFIP en concepto de intereses resarcitorios y punitivos de ciertas cargas y tributos, pues el tribunal local ha prescindido, sin dar fundamentos suficientes, de la consideración de cuestiones o argumentos oportunamente propuestos que, eventualmente, resultarían conducentes para la adecuada solución del litigio, situación que se encarece a la luz de la doctrina que sostiene que si tanto las notificaciones por cédula como la confección y diligenciamiento de los oficios habían sido realizados por la corte provincial, la actividad que se encontraba pendiente de ejecución –intimación para que se devolviese el oficio librado debidamente diligenciado– debía ser realizada por dicho tribunal, por lo que resulta injustificado hacer recaer sobre la recurrente la carga de impulsar el proceso.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay –en disidencia– declararon inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.)–.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

La caducidad de la instancia halla su justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no configura un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, máxime cuando el trámite del juicio se encuentra en estado avanzado y los justiciables lo han instado durante años.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay –en disidencia– declararon inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.)–.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar ritualísticamente el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio, por lo que no cabe extender al justiciable actividades

que no le son exigibles en tanto la ley adjetiva no se las atribuya, sin riesgo de incurrir en una delegación no prevista legalmente, razón por la cual, cuando la parte queda exenta de la carga procesal de impulso, su inactividad no puede ser presumida como abandono de la instancia porque ello importarla imputarle las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los funcionarios judiciales responsables.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay –en disidencia– declararon inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, declararon la caducidad de la instancia extraordinaria local abierta con los recursos de inconstitucionalidad y casación deducidos por la Administración Federal de Ingresos Públicos –AFIP–, con fundamento en que había transcurrido en exceso el plazo trimestral previsto en el artículo 277 de la ley 24.522.

Para así decidir, sostuvieron que el último acto de impulso procesal –conforme expuso la fallida– fue el decreto del 23 de agosto de 2005 que, entre otras cuestiones, ordenó la petición de los autos principales. Agregaron que las actuaciones enunciadas –la solicitud de remisión de expedientes y envío de oficios– carecían de específica idoneidad interruptiva de la perención conforme al criterio de ese tribunal en virtud del cual la efectiva recepción del expediente antes de la expiración del plazo es el acto procesal útil a tal efecto, circunstancia que nunca se verificó en autos (v. fs. 154/155 del Agregado).

Contra dicho pronunciamiento, la AFIP interpuso el recurso extraordinario, que fue contestado por la concursada y denegado, dando origen a esta presentación directa (v. fs. 162/174, 177/181 y 184 del Agregado y fs. 125/139 de la queja).

– II –

La recurrente dice que la sentencia es arbitraria y que incurre en excesivo rigor formal lesivo de la garantía constitucional de defensa en

juicio. Plantea en concreto que los jueces han aplicado erróneamente el artículo 277 de la LCQ, frustrando el derecho a obtener una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto (Fallos: 310:1091) y que la caducidad, además de ser excepcional, debe interpretarse con carácter restrictivo. También aduce que el fallo omite considerar extremos conducentes como son los actos interruptivos realizados para el envío del expediente a la Suprema Corte según lo ordenado a partir del 23 de agosto de 2005 (oficio del 29 de agosto, informes del 11 y 14 de noviembre, pedido de reiteración de oficio y suspensión de plazos del 22 de noviembre y decreto que lo ordena el 23 de noviembre, al igual que el oficio del 30 de ese mes, todos del año 2005), lo cual finalmente aconteció el 15 de febrero de 2006. Agrega que, sin consideración al decreto que ordenó la reiteración del oficio para obtener la mentada remisión, el *a quo* decide en contra de sus propios precedentes en los que postula que tanto el decreto que ordena la remisión del expediente principal como aquél que lo tiene por recibido resultan indispensables para resolver la admisibilidad de los recursos. Sostiene por otra parte, que se la colocó en una trampa jurídica porque no podía realizar ningún acto impulsorio y el procedimiento tampoco fue suspendido conforme peticionara el 22 de noviembre, de modo que los plazos siguieron corriendo. Finalmente, que la tesis objetiva aplicada encuentra justificación sistemática y axiológica en los plazos desmesuradamente largos del ordenamiento procesal local, no en los del concursal que establece un plazo de caducidad breve.

– III –

Cabe reseñar, previo a todo, que en el caso –incidente de revisión deducido por la fallida contra la resolución que declaró admisible el crédito quirografario insinuado por la AFIP en concepto de intereses resarcitorios y punitivos de ciertas cargas y tributos– la controversia planteada gira en torno a las costas aplicadas por la Cámara de Apelaciones de Mendoza a la AFIP con fundamento en su carácter de vencida al decidirse la reducción de las tasas de interés. Ello es así pues en el recurso extraordinario de inconstitucionalidad y casación que este Organismo dedujo solamente cuestionó que la imposición no se haya realizado en el orden causado argumentando que su parte no formuló oposición a la pretensión de morigeración de intereses, dejando librado al criterio judicial resolver sobre su procedencia. La fallida acusó la caducidad de instancia de estos recursos, la cual fue declarada a la postre por la Corte Local conforme se expuso en el encabezamiento (v. fs. 1/3, 20/22, 61/62, 117/128, 138 y 154/155 del Agregado).

– IV –

Tiene dicho el Alto Tribunal, que si bien es cierto que lo atinente a la caducidad de la instancia remite al estudio de cuestiones fácticas y de derecho procesal local, materia ajena –en principio– a la instancia del artículo 14 de la ley 48, también lo es que, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal, tal doctrina admite excepción cuando el examen de aquellos requisitos se efectúa con injustificado rigor formal que afecta a la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (v. Fallos: 329:1391, entre otros). Igualmente que, si bien la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida respecto de pronunciamientos de superiores tribunales de provincia, cabe hacer excepción a ese principio cuando la sentencia impugnada conduce, sin fundamentos adecuados, a una restricción sustancial de la vía utilizada por el justiciable, y afecta irremediablemente, el derecho de defensa en juicio (Fallos: 327:608, entre muchos).

Supuestos de excepción que entiendo configurados en el *sub lite* puesto que al resolver los jueces provinciales han desatendido cuestiones que tendían a demostrar la improcedencia del pedido de caducidad deducido por la fallida y omitido ponderar distintos elementos de la causa y disposiciones legales conducentes para la correcta solución de la controversia conforme planteó la AFIP en su contestación. Tal es el caso, de los argumentos vertidos en torno a las actuaciones procesales de la parte o del tribunal que constituyen actos interruptivos de la caducidad por el impulso que imprimen al procedimiento, a que dicho instituto debe interpretarse con carácter restrictivo y a que no existió inactividad procesal total o abandono de la instancia por parte de la AFIP.

Temas sobre los que reiteradamente se ha pronunciado V.E. postulando que por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar ritualísticamente el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio. Además, que no procede extender al justiciable actividades que no le son exigibles en tanto la ley adjetiva no se las atribuya, sin riesgo de incurrir en una delegación no prevista legalmente, razón por la cual, cuando la parte queda exenta de la carga procesal de impulso, su inactividad no puede ser presumida como abandono de la instancia porque ello importaría imputarle las consecuencias del incumplimiento de las

obligaciones que corresponden a los funcionarios judiciales responsables (Fallos: 329:1391 y sus citas).

Cabe reseñar que en el caso, tras ordenarse el pedido del expediente principal mediante providencia del 23 de agosto de 2005, la Corte local libró oficio que suscribió el Pro-Secretario Judicial solicitando su remisión el 29 de agosto. Dicho oficio fue respondido el 14 de noviembre informando que había sido devuelto al Dr. Capone para su envío al juzgado de origen y recibido en Mesa de Entradas de la Corte local el 22 de noviembre del mismo año, fecha en que la AFIP solicitó la suspensión de los procedimientos y reiteración del oficio. El 23 de noviembre la Corte resolvió tener presente la suspensión pedida, ordenando la reiteración del oficio, el cual fue librado por el Pro-Secretario Judicial el 30 de noviembre. El requerimiento fue contestado el 19 de diciembre haciendo saber que las actuaciones solicitadas se encontraban en la Cámara de Apelaciones y recibido en Mesa de Entradas de la Corte local el 15 de febrero de 2006, siendo elevado a Secretaría el 18 de abril de ese año (v. fs. 129/138 y 157/159). El acuse de caducidad fue presentado el 6 de diciembre de 2005, contestado por la AFIP y resuelto el 10 de abril (v. fs. 129/138 y 157/159).

En dicho contexto entonces, si bien la Corte local sostiene que lo resuelto se funda en doctrina propia, resulta arbitraria la conclusión relativa a que la AFIP no instó el recurso interpuesto cuando la parte debió atenerse a la medida previa que dicho tribunal ordenó y cuya tramitación también realizó –según surge de la reseña efectuada–, encontrándose pendiente de respuesta el oficio librado al tiempo en que fue acusada la perención de la instancia. A lo que se agrega, la circunstancia que antes de la expiración del plazo establecido en el artículo 277 de la ley 24.522 la AFIP también solicitó reiteración del oficio pidiendo la remisión de los autos principales y la suspensión de plazos a fin de que no perima la instancia. Pretensión a la que la Corte local hizo lugar parcialmente ordenando antes de la finalización del plazo la reiteración y dejando pendiente de resolución atinente a la suspensión de procedimientos articulada.

De tal modo entiendo que el Tribunal local ha prescindido, sin dar fundamentos suficientes, de la consideración de cuestiones o argumentos oportunamente propuestos, que eventualmente, resultarían conducentes para la adecuada solución del litigio. Situación que se encarece –*prima facie*– si se pondera que el artículo 79 apartado II del Código

Procesal Civil local (ley 2269 de Mendoza) prescribe que no se declarará la caducidad de la instancia cuando el pleito se hubiere paralizado por cualquier causa independiente de la voluntad de los litigantes. Y también, a la luz de la doctrina sentada por V.E. diciendo que si tanto las notificaciones por cédula como la confección y diligenciamiento de los oficios habían sido realizadas por la corte provincial, la actividad que se encontraba pendiente de ejecución –intimación para que se devolviese el oficio librado debidamente diligenciado– debía ser realizada por dicho tribunal, por lo que resulta injustificado hacer recaer sobre la recurrente la carga de impulsar el proceso (Fallos: 329:2166, 330:1008, entre otros), al igual que en causa análoga en la cual previo a resolver la apelación, la Cámara había ordenado y tramitado oficio y su reiteración para la remisión de una causa conexas (Fallos: 327:5063).

A mayor abundamiento, cabe recordar que V.E. tiene reiterado que la caducidad de la instancia halla justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no configura un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, máxime cuando el trámite del juicio se encuentra –tal como ocurre en el caso– en estado avanzado y los justiciables lo han instado durante años (Fallos: 329:1391).

Por lo expuesto, en mi opinión, corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y disponer la devolución de los autos a la Corte Local, para que, por medio de quien corresponda, dicte nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 2 de Diciembre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva en la causa El Trébol S.A. Bodegas y Viñedos s/ quiebra”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la presentación directa a los autos principales, notifíquese y remítanse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Intímese al apelante para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Notifíquese, tómesese nota por Mesa de Entradas y, oportunamente, archívese.

E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva**, representada por la **Dra. Laura B. Burky**.
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de Mendoza**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.**

MARIA CEDERMINA FLORES DE MASSARI c/ ALEJANDRO ZANGARI

DEPOSITO JUDICIAL.

Tratándose de un depósito a plazo fijo en dólares estadounidenses –constituido con anterioridad al dictado de la Ley N° 25.561 por el juez a cargo del proceso universal con una finalidad de inversión–, es razonable que los intereses devengados como un accesorio de la obligación principal contraída por el banco, a los efectos del cálculo, sigan su suerte en lo que al signo monetario respecta, por lo que la decisión del *a quo* que condena al pago de dichos accesorios no se aparta de lo decidido anteriormente por la Corte en las actuaciones, en cuanto ordenó mantener en su moneda de origen los fondos depositados.

–Del precedente “Algodonera Lavallol S.A.”, Fallos: 333:394, al que remite la Corte Suprema–.

DEPOSITO JUDICIAL.

Los fondos judiciales colocados en una cuenta a la vista no devengan intereses por causa de la mora, a diferencia de lo que ocurre con los fondos invertidos a plazo fijo en los que se pretende un rédito por la indisponibilidad transitoria.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 17 de abril de 2007, con remisión al precedente “EMM” (Fallos: 330:971), en cuanto aquí resulta pertinente, ordenó mantener en dólares estadounidenses, los fondos judiciales depositados en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires en una cuenta a la vista –U\$S 14.994–, como así también aquéllos in-

vertidos en esa entidad financiera, en un plazo fijo a 30 días renovable automáticamente –U\$S 36.866– (v. fs. 419/420).

Corresponde aclarar que, con anterioridad al dictado del mencionado fallo, el día 4 de noviembre de 2004, la actora retiró la cantidad de \$ 95.518,32, que debían ser imputados a capital (v. fs. 374) y en octubre de 2007, el banco informó que, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema, había depositado en la cuenta de autos una suma suficiente para adquirir el monto total del capital en su moneda de origen (fs. 451/452, 469, 485 y 491).

Ante las discrepancias planteadas en relación con los intereses, el magistrado de primera instancia, a fojas 470/474, declaró la procedencia de los accesorios sólo en relación con los fondos invertidos a plazo, para lo cual ordenó librar oficios al Banco de la Ciudad de Buenos Aires y al Banco de la Nación Argentina a fin de que informen las tasas de las imposiciones a plazo fijo desde el año 2001 a la fecha del dictado de la sentencia, tanto en moneda nacional como extranjera.

Ante la apelación del depositario, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en cuanto aquí interesa, sostuvo la pertinencia del pago de intereses, y fijó la tasa en un 4% anual, siguiendo los lineamientos del Máximo Tribunal en el precedente de Fallos: 329:5913 (“Massa”). Respecto del depósito a la vista, el tribunal aclaró que no obstante su falta de inversión en una operación que devengue intereses, correspondía pagar los accesorios a la tasa determinada (4% anual) por aquel monto, ya que “*también existió imposibilidad para la actora de retirarlo o, incluso, para solicitar su inversión*” (fs. 497/500).

Contra ésta última resolución, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, dedujo recurso extraordinario, que fue desestimado (fs. 515/528 y 555/556), dando lugar a la presente queja (fs. 33/37, del cuaderno respectivo).

– II –

Ante todo, es dable precisar que, en el caso, los fondos judiciales que fueron pesificados se encontraban, en su origen, depositados, en dólares estadounidenses, una parte, en una cuenta a la vista y, otra, en un plazo fijo a 30 días renovable automáticamente, circunstancia fáctica que no fue controvertida por las partes y que surge de las constancias de la causa (fs. 445/449).

En tal contexto, y en lo que respecta al plazo fijo constituido originariamente en moneda extranjera, me remito a las consideraciones efectuadas en la causa S.C. A. N° 1300; L. XLIV, “Algodonera Lavallol S.A. s/ quiebra”, en la que dictaminé el 1° de octubre de 2009, a fin de evitar reiteraciones innecesarias. En consecuencia, estimo que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario en cuanto a este depósito se refiere, confirmar la decisión en orden a la procedencia de los intereses del depósito judicial de autos invertido en un plazo fijo a 30 días, y revocarla en relación a la determinación de la tasa aplicable para su cálculo, con el alcance indicado en el punto IV, último párrafo, del referido dictamen.

– III –

Por otra parte, y en el marco de lo señalado en el dictamen al que hice referencia en el punto anterior, respecto de la admisibilidad del recurso extraordinario presentado (v. punto IV), debo estudiar la procedencia de los accesorios impuestos por el tribunal a los fondos depositados en una cuenta a la vista.

De tal forma, es oportuno recordar que, como regla, las cuentas a la vista no devengan intereses que beneficien a alguna de las partes del proceso, a diferencia de lo que ocurre con los fondos invertidos a plazo en los que se pretende un rédito por la indisponibilidad transitoria. Ello se ve corroborado en el *sub lite* con los informes agregados por el banco depositario (v. fs. 445/447) que, en este punto, no fueron cuestionados por las partes. Es más, advierto que la parte actora no apeló la sentencia de primera instancia (fs. 470/474) donde se declaró la procedencia de los accesorios sólo en relación con los fondos judiciales invertidos a plazo.

Entonces, sin perder de vista el exceso de jurisdicción en el que pudo haber incurrido la alzada al resolver aplicar intereses sobre los depósitos de uso no mediando apelación de la parte actora (recuérdese que el magistrado de primera instancia a fs. 470/474 sólo declaró la procedencia de los accesorios de los fondos invertidos a plazo), cabe recordar que los depósitos judiciales desde un inicio fueron expresamente excluidos del régimen de “reprogramación” establecida por el Decreto N° 1570/01 (comunicación “A” 3496/02 del Banco Central de la República Argentina). En consecuencia, contrariamente a lo manifestado por el *a quo*, no existió imposibilidad de la actora para retirar el capital pesificado, o para solicitar su inversión. Esta circunstancia jurídica,

fue señalada por esta Procuración General en el dictamen emitido en autos “EMM” el 15 de septiembre de 2005 (v. pto. VIII).

De tal forma, tampoco cabría imputar mora al banco en el reintegro de las sumas suficientes para adquirir el capital en la moneda originaria –dólares estadounidenses– (fs. 374 y 451/452) que, vale aclarar, constituía un tema debatido que con posterioridad fue dilucidado por una decisión del Máximo Tribunal sobre aspectos de fondo que involucraban la interpretación y aplicación de normas de carácter federal (v. Considerando 4º, Fallos: 330:971 al que remite el pronunciamiento de fs. 419/420). En función de ello, no corresponde, a mi juicio, la aplicación de intereses por causa de la mora, en relación con los fondos judiciales depositados a la vista.

– IV –

En consecuencia, estimo que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario, confirmar la decisión en cuanto declaró procedentes los intereses del depósito judicial de autos invertido en un plazo fijo a 30 días; y revocarla en relación a: (i) la determinación de la tasa aplicable para el cálculo de los intereses generados por ese depósito a plazo fijo, con el alcance indicado en el punto IV, último párrafo, del dictamen de este Ministerio Público en la causa S.C. A. N° 1300; L. XLIV, “Algodonera Lavallol S.A. s/ quiebra” y (ii) la imposición de accesorios al depósito a la vista. Buenos Aires, 26 de febrero de 2010 *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Flores de Massari, María Cedermina c/ Zangari, Alejandro”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas respecto a los fondos judiciales invertidos a plazo fijo resultan, tal como lo pone de relieve la señora

Procuradora Fiscal en su dictamen, análogas a las consideradas en la causa A.1300.XLIV “Algodonera Lavallol SA s/ quiebra”, fallada el 20 de abril de 2010. Por lo tanto, en lo relativo a tales depósitos corresponde remitirse, —en lo pertinente— al referido precedente.

Por otra parte, esta Corte comparte los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal en lo referente a que los fondos judiciales colocados en una cuenta a la vista no devengan intereses. En consecuencia, en este aspecto cabe remitirse a los expresado en el acápite III del mencionado dictamen.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con los alcances que surgen de lo expuesto. Costas por su orden en virtud de las particularidades de la relación jurídica sobre la que versaron las actuaciones (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 40. Notifíquese y remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por: **Banco de la Ciudad de Buenos Aires**, representado por la **Dra. Laura R. Milstein**.

Tribunal de origen: **Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 7**.

GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
c/ DIVERSAS EXPLOTACIONES RURALES S.A.

EJECUCION FISCAL.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso interpuesto contra la resolución que mandó llevar adelante la ejecución fiscal ya que —más

allá de la falta de carácter de definitivas de las sentencias dictadas en este tipo de juicios— los tribunales inferiores se encuentran obligados a tratar y resolver adecuadamente las defensas fundadas en la inexistencia de deuda, siempre y cuando ello no presuponga el examen de otras cuestiones que excedan el limitado ámbito de tales procesos, y máxime considerando que la facultad asignada al fisco local para requerir el pago provisorio de impuestos vencidos a quienes no hubieran presentado declaraciones juradas debe interpretarse restrictivamente, por constituir una excepción al principio relativo a la determinación de oficio de las obligaciones tributarias y teniendo en consideración que, en dicho marco, el contribuyente cuenta con la vista que asegura la defensa de sus derechos.

—Las juezas Elena Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 116/117 de los autos principales, la Sala 1 de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechazó, por improcedente, el recurso de apelación interpuesto por Diversas Explotaciones Agropecuarias S.A. contra la sentencia de primera instancia que había mandado llevar adelante la ejecución fiscal instada por la Dirección General de Rentas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por el impuesto sobre los ingresos brutos del año 1993. Así lo decidió pues sostuvo que, como la accionada no había opuesto excepción alguna tras ser notificada del inicio del juicio ejecutivo, la alzada no podía entrar a conocer de cuestiones que no fueron oportunamente propuestas a la instancia anterior.

— II —

A fs. 83/102 del expediente agregado al presente recurso de hecho, el Superior Tribunal de Justicia de la jurisdicción, a su vez, rechazó el recurso de queja interpuesto por la ejecutada ante la denegación, por parte de la Cámara, de conceder el recurso local de inconstitucionalidad (ver fs. 133/135 de los autos principales).

Sostuvo ese tribunal, por mayoría, que la decisión recurrida no cumple con las exigencias del art. 27 de la ley de procedimientos ante el tribunal, que requiere que el aludido recurso se dirija contra sentencias definitivas del tribunal superior de la causa.

Denegado el recurso extraordinario federal contra esta sentencia, la demandada interpuso el presente recurso de hecho.

– III –

Corresponde señalar que las resoluciones dictadas en juicios ejecutivos son, por regla, insusceptibles de tratamiento por vía extraordinaria, toda vez que, para ello, se requiere que la apelada sea sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o causa un gravamen de imposible o insuficiente remedio ulterior, requisito cuya concurrencia no debe obviarse aunque se invoque –como en el *sub judice*– arbitrariedad o violación de garantías constitucionales (Fallos: 242:260; 245:204; 267:484; 270:117; 276:169; 278:220; 295:1037; 302:181, entre otros).

Sobre tal base, y más allá del acierto o error en las sentencias recaídas en las etapas por las que transitó la presente causa, estimo que los argumentos expresados por la quejosa no resultan aptos para la apertura de la vía extraordinaria ante V.E., pues le asiste la posibilidad de plantearlos nuevamente en la instancia ordinaria posterior, sin que haya invocado –y mucho menos acreditado– que esta circunstancia le ocasione un gravamen de imposible o insuficiente remedio ulterior (Fallos: 308:1230; 311:1724, entre otros). Buenos Aires, 26 de junio de 2008. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Diversas Explotaciones Rurales S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los antecedentes del caso se encuentran adecuadamente reseñados en los puntos I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que el recurso extraordinario deducido por la demandada es formalmente admisible pues si bien en principio las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no revisten el carácter de definitivas a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, debido a la posibilidad que asiste a las partes de plantear nuevamente sus derechos, ya sea por parte del Fisco librando una nueva boleta de deuda o, por el ejecutado, mediante la vía de repetición (Fallos: 308:1230; 311:1724, entre otros), ello no implica que pueda llevarse el formalismo hasta el extremo de admitir una condena por deuda inexistente, cuando tal circunstancia resulta manifiesta de autos (Fallos: 278:346; 294:420; 298:626; 302:861; 312:178; 318:1151, entre otros), lo que importaría un grave menoscabo de garantías constitucionales.

3º) Que de acuerdo con las pautas *supra* indicadas, los tribunales inferiores también se encuentran obligados a tratar y resolver adecuadamente, en los juicios de apremio, las defensas fundadas en la inexistencia de deuda, siempre y cuando ello no presuponga el examen de otras cuestiones que excedan el limitado ámbito de tales procesos (Fallos: 312:178, entre muchos otros).

4º) Que con relación a ello, no puede dejar de observarse el singular trámite procesal que han tenido los presentes autos en las instancias de grado: la cámara, hizo lugar a la queja deducida por la demandada por haber sido denegada su apelación contra la sentencia de primera instancia que había mandado llevar adelante la ejecución porque, según el criterio del tribunal de alzada, la circunstancia de que no se hubiesen opuesto excepciones no obstaba a la procedencia de ese recurso. En consecuencia, ordenó al juzgado de primera instancia que sustanciara la apelación (confr. copia obrante a fs. 10/11). Sin embargo, posteriormente, al conocer en ese recurso tras su sustanciación, lo declaró improcedente –en oposición a lo que anteriormente había decidido– en razón de que la demandada no había planteado excepciones (confr. copia de fs. 12/12 vta.).

5º) Que asimismo cabe señalar que en autos se persigue un pago a cuenta del impuesto a los ingresos brutos del ejercicio fiscal de 1993, provisionalmente liquidado por aplicación del art. 120 de la Ordenanza Fiscal t.o. 1997, que condiciona el libramiento de la constancia de

deuda a la previa intimación al contribuyente a fin de que regularice su situación. En ese sentido, ante la negativa de la demandada, y al no existir constancias en la causa de las que surja fehacientemente que el organismo recaudador hubiese efectuado el emplazamiento previo, la cámara no pudo dejar de atender los agravios expuestos en tal sentido por el contribuyente. Esa omisión, unida a la manifiesta contradicción en que incurrió ese tribunal con lo que anteriormente había resuelto en orden a la procedencia del recurso ante esa alzada, configuran una clara lesión al derecho de defensa en juicio.

6°) Que asimismo debe consignarse que la facultad asignada al fisco local para requerir el pago provisorio de impuestos vencidos a quienes no hubieran presentado declaraciones juradas debe interpretarse restrictivamente, por constituir una excepción al principio, relativo a la determinación de oficio de las obligaciones tributarias y teniendo en consideración que, en dicho marco, el contribuyente cuenta con la vista que asegura la defensa de sus derechos (confr. doctrina de Fallos: 298:626 y 316:2764). En el caso no puede soslayarse que el contribuyente presentó las declaraciones juradas correspondientes a los ejercicios fiscales reclamados, que no fueron impugnadas, por montos inferiores a los que se pretende ejecutar.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase a fin de que el tribunal *a quo* dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)
— CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS
MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Diversas Explotaciones Rurales S.A.**, representada por la **Dra. Delia M. Gutiérrez**, con el patrocinio letrado del **Dr. Rodolfo Spisso**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires**.

PABLO VICTOR LAPADULA Y OTRA C/ HEBE BEATRIZ LOPEZ

LETRAS HIPOTECARIAS.

Cabe revocar la sentencia que admitió la demanda deducida por los acreedores hipotecarios y condenó a la demandada a pagar la suma reclamada en dólares o su equivalente en moneda nacional, con más intereses al 4% anual y las costas del proceso, por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa, ya que no corresponde exigir a los títulos presentados –letras hipotecarias cartulares– el cumplimiento de la inscripción en un registro especial que ha sido establecido en los decretos reglamentarios de la ley 24.441, exclusivamente para las letras hipotecarias escriturales.

COMPRAVENTA.

Si bien las cuestiones referentes al reclamo del saldo insoluto de una compraventa inmobiliaria garantizado con la emisión de letras hipotecarias, remite al examen de cuestiones de hecho y de derecho común, ajenas –como regla y por su naturaleza– al recurso previsto por el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal principio cuando el pronunciamiento apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa, lo que se ha configurado en el caso en razón de que la alzada ha exigido el cumplimiento de requisitos formales –inscripción en un registro especial– que no corresponde por cuanto se ha reclamado el cobro de una letra hipotecaria cartular.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, al revocar la decisión de la anterior instancia, desestimaron la defensa de prescripción opuesta en los términos del artículo 47 de la ley 24.441 y la aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido, condenando a la demandada a pagar el capital adeudado de u\$s 30.000 en dicha moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional para adquirirla en el mercado libre de cambios, con más intereses calculados a una tasa del 4% anual (fs. 142/147, 190/194 y 196).

Para así decidir, sostuvieron que el actor promovió una acción ordinaria causal –descartando la ejecución privada reglada en la ley 24.441– por el saldo de precio insoluto de la compraventa inmobiliaria y que esta obligación no se extinguió debido a la falta de registración de la letra hipotecaria emitida junto con sus cupones en el Registro de Letras Hipotecarias Escriturales (dtos. 780/95 y 1389/98) que lleva la Caja de Valores, los priva del efecto novatorio que regla el artículo 37 de tal normativa y, consecuentemente, de la prescripción de la acción que emana de las letras hipotecarias en los términos del artículo 47 del mismo cuerpo legal.

Por otra parte, que debido al crecimiento y la recomposición de la economía la aplicación de la teoría del esfuerzo compartido configuraría una desigualdad y un beneficio desproporcionado para la parte demandada inconciliable con los artículos 953, 1071 y 1137 del Código Civil.

Contra ese pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario, que contestado y denegado, dio origen a esta presentación directa (v. fs. 201/208, 212/217 y 218/219 de los autos principales y fs. 92/96 del cuaderno de queja).

– II –

La recurrente tacha a la decisión de arbitraria argumentando que, en contra de las constancias de autos, los jueces califican de escritural

a una letra hipotecaria que es cartular –la cual no debe inscribirse en el Registro de Letras Hipotecarias Escriturales– y aplican, consecuentemente, una normativa que no corresponde, privando a dichos documentos cartulares del efecto novatorio que tienen según lo establece el artículo 37 de la ley 24.441. Puntualiza, además, que no se trata de una simple discrepancia de interpretación, sino de un claro desconocimiento de las constancias de la causa que ha conducido a la aplicación de normas equivocadas y en consecuencia, a la condena de pagar una obligación inexistente, que se extinguió por efecto de la novación legal que acarreo la creación de la letra hipotecaria, la cual –además– ya prescribió.

– III –

Tiene reiterado el Tribunal que la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales en orden a temas no federales, sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, las fallas de razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia, o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar el pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido, pues su objeto no es abrir una tercera instancia para revisar decisiones judiciales (Fallos: 330:4770, entre muchos).

En ese marco entonces, debe resaltarse que más allá del acierto o error de lo decidido, en el caso, los agravios vertidos en torno a la naturaleza de la letra hipotecaria, su inscripción en el registro, novación de la obligación principal y prescripción –cuestiones fácticas y de derecho común y procesal privativas de los jueces de la causa– no resultan suficientes para acreditar la tacha que endilgan al fallo.

Si bien no escapa a la suscripta que la cuestión relativa a la inscripción de la letra hipotecaria en el Registro de Letras Escriturales y su creación fue introducida por el *a quo* al dictar la sentencia de segunda instancia, lo cierto es que los agravios traídos a esta instancia de excepción constituyen centralmente reiteración –en su mayoría– de los formulados en las instancias anteriores y fueron objeto de examen detallado por los jueces de la Cámara, sin que el recurrente haya rebatido el argumento consignado en la aclaratoria en el sentido que el régimen aplicado es el de los artículos 39 y 55 de la ley 24.441 según resulta del instrumento notarial ni el referido a que constituye

requisito previo para la cancelación de la hipoteca que la deuda por la cual ha sido dada se encuentre cancelada en su totalidad (art. 3202 del Código Civil).

Dado que ningún otro agravio ha traído a examen el apelante, a mi entender, corresponde desestimar la queja deducida. Buenos Aires, 4 de Noviembre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Lapadula, Pablo Víctor y otra c/ López, Hebe Beatriz”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar el de primera instancia, admitió la demanda deducida por los acreedores hipotecarios y condenó a la demandada a pagar la suma de U\$S 30.000 o su equivalente en moneda nacional, con más intereses al 4% anual y las costas del proceso, la vencida interpuso el recurso extraordinario cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2º) Que después de hacer una reseña de las posturas adoptadas por las partes en el litigio y efectuar una serie de consideraciones referentes al origen y a la finalidad perseguida con la “securitización” de las hipotecas prevista por la ley 24.441, el *a quo* expresó que el referido régimen legal implementó la registración de las letras hipotecarias escriturales, mediante los decretos 780/1995 y 1389/1998, reglamentarios de la ley 24.441.

3º) Que, a renglón seguido, señaló que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2º del decreto 780/1995 (con la reforma incorporada por

el decreto 1389/1998), la letra hipotecaria escritural se considerará emitida cuando la persona a cargo del registro tome razón de la misma, y que esa registración adquiere eficacia cuando se la asienta en el Registro de Letras Hipotecarias Escriturales, a cargo de la Caja de Valores, los bancos o sociedades constituidas exclusivamente por éstos con el único objeto de llevar el registro de títulos escriturales (art. 3° del decreto 1389/1998).

4° Que destacó también –con cita de un precedente jurisprudencial– que el título valor no nace con la escritura mediante la cual se emite la letra hipotecaria escritural, aunque se lleve a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, sino que ello se produce a partir del cumplimiento de la registración en el Registro de Letras Hipotecarias Escriturales.

5° Que, sobre esa base, el tribunal sostuvo que en las presentes actuaciones se había promovido una acción ordinaria causal, descartando la ejecución privada que regula la ley 24.441 y el procedimiento abreviado, invocando como sustento el saldo de precio insoluto derivado de una compraventa inmobiliaria; no la letra hipotecaria, ni los cupones. Agregó que en el caso no se había argüido que la letra hipotecaria hubiese sido registrada en el Registro de Letras Hipotecarias Escriturales y la ausencia de tal registración alcanzaba para privar a ese título de crédito del efecto novatorio previsto por el art. 37 de la ley 24.441.

6° Que, por último, señaló que al no haberse satisfecho los recaudos exigidos por la reglamentación referentes a la registración de las letras hipotecarias escriturales, no se había producido el efecto novatorio previsto por la citada ley, ni quedado extinguida la obligación pendiente de abonar el saldo de precio de la compraventa.

7° Que si bien las cuestiones referentes al reclamo del saldo insoluto de una compraventa inmobiliaria garantizado con la emisión de letras hipotecarias, remite al examen de cuestiones de hecho y de derecho común, ajenas –como regla y por su naturaleza– al recurso previsto por el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal principio cuando el pronunciamiento apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa, circunstancia que se ha configurado en el caso en razón de

que la alzada ha exigido el cumplimiento de requisitos formales –inscripción en un registro especial– que no corresponde por cuanto se ha reclamado el cobro de una letra hipotecaria cartular.

8º) Que, en efecto, con la demanda se han adjuntado los documentos correspondientes a la letra hipotecaria emitida por el deudor con sus respectivos cupones y dicho instrumento cumple con las formalidades exigidas por el art. 39, primera parte, de la ley 24.441. En el último párrafo del referido precepto legal se ha contemplado también la posibilidad de emitir letras hipotecarias escriturales, mas dichos títulos –dado su distinta naturaleza– se encuentran sujetos al cumplimiento de recaudos diferentes.

9º) Que, de tal modo, no corresponde exigir a los títulos presentados en autos –letras hipotecarias cartulares– el cumplimiento de la inscripción en un registro especial que ha sido establecido en los decretos reglamentarios de la ley 24.441, exclusivamente para las letras hipotecarias escriturales.

10) Que, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde el acogimiento del recurso.

Por ello, y oído la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Hebe Beatriz López, en su calidad de parte demandada**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Rita Fabiana Morchio y José Nicolás Díaz Funes**.

Tribunal de Origen: **Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 103.**

DIOCESIS DE SAN MARTIN DE LA IGLESIA CATOLICA APOSTOLICA
ROMANA c/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES

IGUALDAD.

El art. 14, inc. e, de la ley 10.606 (t.o. según ley 11.328) de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto impide a aquellas entidades de bien público que no se encuentren expresamente mencionadas –como es el caso de Cáritas– ser propietarias de establecimientos farmacéuticos, carece de razonabilidad y afecta la garantía de igualdad, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluir a la mencionada de lo que se concede a entidades similares en idénticas condiciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

FACULTAD REGLAMENTARIA.

La disposición del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires es inconstitucional tanto en virtud de la extralimitación del legislador provincial en el ejercicio de la potestad reglamentaria correspondiente a su poder de policía cuanto por la irrazonabilidad intrínseca que exhibe en lo referente a los sujetos habilitados para ser titulares de establecimientos farmacéuticos, no dando cabida a las sociedades constituidas bajo un tipo societario diverso al allí referido, a personas de derecho público no estatal, a las asociaciones civiles, a las organizaciones no gubernamentales ni a ningún otro sujeto cuya personalidad jurídica no encuadre en alguna de las figuras taxativamente enumeradas (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CASO O CONTROVERSIA.

Corresponde rechazar la demanda que persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires si no se configura un “acto en ciernes” que pueda ser prevenido por el pronunciamiento judicial que se solicita ya que la actividad que desplegaba Cáritas –entrega de muestras gratuitas recibidas en donación y de algunos medicamentos al precio de costo– no puede ser considerada como la actividad propia de una farmacia, con lo cual los actos administrativos mediante los cuales se denegó la autorización no pueden ser tomados como tal, y porque tampoco hay constancias de que la demandante haya iniciado trámite alguno ante las autoridades provinciales orientado a obtener la habilitación de una farmacia (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 38/50, la Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana, de quien depende Cáritas San Martín, organismo por medio del cual aquélla desarrolla su actividad caritativa, promueve demanda, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley local 10.606 (t.o. según la ley 11.328), que regula la profesión farmacéutica y que aquel Estado no tiene derecho a denegarle la solicitud de autorización, instalación y funcionamiento de una farmacia.

Cuestiona dicha norma en tanto excluye como sujetos habilitados para ser propietarios de farmacias a las entidades de bien público sin fines de lucro –como es el caso de Cáritas–, por ser discriminatoria respecto de otras entidades, tales como obras sociales, cooperativas de consumo, mutualidades y sindicatos y por resultar violatoria de lo dispuesto por el art. 14, inc. d), de la ley nacional sobre ejercicio de la Farmacia 17.565, de los decretos 2284/91 y 240/99, ambos del Poder Ejecutivo Nacional, así como de lo previsto en el “Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y Cáritas Internationalis, para facilitar la acción de Cáritas Argentina”, del 21 de octubre de 1981, ratificado por la ley 22.614. Todo ello atenta, también, contra los arts. 16, 17, 28 y 31 de la Constitución Nacional.

Relata que desde 1980 la Provincia de Buenos Aires permitió a Cáritas de San Martín instalar un depósito para la tenencia y entrega de medicamentos gratuitos recibidos por donación o adquiridos para su venta al precio de costo, pero que a partir de 2002 el Ministerio de Salud provincial la intimó a adecuarse a las disposiciones vigentes sobre farmacias y medicamentos (leyes 10.606 y 11.405). Como las “entidades sin fines de lucro” no figuran entre las habilitadas por el art. 14 de la ley citada en primer término, se le denegó toda posibilidad de funcionamiento.

Continúa diciendo que, por ley 17.565, vigente desde 1967, el Gobierno federal reglamentó el ejercicio de la actividad farmacéutica “en todo el territorio de la Nación” (art. 1º), en uso de la atribución

que le confiere el art. 75, inc. 18), de la Constitución Nacional (ex art. 67, inc. 16) para fomentar el bienestar general. A ello se agrega que el art. 14 de la ley 17.565 fue derogado por el decreto 240/99, sobre desregulación de las profesiones liberales, por lo cual en la actualidad cualquier persona física o jurídica puede ser propietaria de una farmacia, lo que torna más irrazonable y arbitraria la regulación provincial.

Desde esta perspectiva, el interés general directamente perseguido por la ley nacional 17.565 prevalece sobre la ley provincial 10.606 o cualquier otra que desnaturalice la emanada del Gobierno federal.

También sostiene que la ley local indicada atenta contra la ley nacional 22.614, que aprobó el “Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y Caritas Internationalis para facilitar la acción de Cáritas Argentina” (arts. 1º, 2º y 3º), de tal modo que esa clara manifestación de la política general del Estado Nacional de facilitar las actividades de Cáritas no puede ser desconocida por un gobierno provincial, como sucede con la ley de la Provincia de Buenos Aires.

Finalmente, afirma que el art. 14 de la ley local 10.606, en particular su inc. e), es contrario a los principios de igualdad y de razonabilidad, consagrados en los arts. 16 y 28 de la Constitución Nacional. Es discriminatorio porque autoriza a instalar farmacias a organizaciones que pueden ser consideradas en forma general como entidades de bien público que no buscan ningún lucro (obras sociales, entidades mutuales y/o gremiales, siempre que cumplan ciertos requisitos, entre los que se destacan el fin exclusivo de asistencia a los afiliados o asociados y que no exista propósito de lucro) pero excluye a otras como Cáritas y la Iglesia Católica.

En tal sentido, se pregunta cuál es el sustento racional para distinguir válidamente entre entidades que persiguen fines similares –la satisfacción de las necesidades vitales de sus integrantes–, o cuál es la razón para conceder a unas lo que se les niega a otras que pueden ser incluidas en la misma categoría, para contestar que el inc. e), del art. 14 de la ley 10.606 no supera el test de razonabilidad del art. 28 de la Constitución Nacional, porque no guarda proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, esto es, el derecho a la salud de los habitantes del territorio provincial.

– II –

La Provincia de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó su rechazo por medio del escrito que luce a fs. 201/207.

Afirmó, en síntesis, que las disposiciones atacadas se dictaron al amparo de los poderes que la Constitución Nacional reserva a las provincias (arts. 121 y 122) y que en materia de facultades concurrentes sólo están prohibidas aquéllas que la Constitución federal concede al Gobierno Nacional en términos expresos, un poder exclusivo o cuando el ejercicio de idénticas potestades ha sido expresamente prohibido a las provincias, o si existe una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas.

En virtud de ello, entendió que la reglamentación sobre comercialización de medicamentos y habilitación de farmacias para su expendio, encuadra en la materia de policía de salubridad y no es un poder otorgado expresamente por la Constitución al Congreso Nacional (art. 75), ni prohibido en términos expresos a las Provincias (art. 126), ni existe una incompatibilidad directa y absoluta en su ejercicio por parte de la Nación y las provincias y, en consecuencia, no existe incompatibilidad alguna entre las normas nacionales y las provinciales, puesto que de manera complementaria persiguen un objetivo común.

Sostuvo que no se configura vulneración alguna al principio de igualdad y, en tal sentido, expresa que si bien la actora no está incluida entre las personas autorizadas para instalar una farmacia conforme a lo previsto en el art. 14 de la ley cuestionada, no le resulta imposible encuadrarse en alguna de ellas, ya sea contratando a un profesional farmacéutico para requerir la habilitación, o mediante la celebración de convenios con obras sociales, mutuales o gremiales y adaptando el local a las exigencias correspondientes al tipo de actividad que realiza.

Por lo demás, manifestó que la adhesión provincial a los principios del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” en modo alguno obliga a las legislaturas provinciales en uno u otro sentido.

Asimismo, en cuanto a la presunta violación que las restricciones provinciales traerían aparejada al decreto nacional de desregulación económica 2284/91, a la ley 24.307, por la cual el Congreso Nacional lo ha ratificado y al orden jerárquico prescripto en el art. 31 de la

Constitución Nacional, indicó que el tema atinente a la comercialización de medicamentos encuentra sustento en el art. 36, inc. 8º), de la Constitución bonaerense, que no ha sido impugnado por la actora como contrario a la Constitución Nacional.

Finalmente, en subsidio y para el caso que se interpretase que existe una incompatibilidad manifiesta e insalvable entre las normas provinciales y las nacionales, planteó la inconstitucionalidad de las leyes 17.565 y 24.307 y del art. 14 del decreto 2284/91, en tanto se las pretenda aplicar en el territorio provincial.

En tal sentido, adujo que la ley 17.565 no tiene vigencia en la Provincia de Buenos Aires y ello fue señalado expresamente por la legislatura provincial en oportunidad de sancionar la ley 10.606, reglamentaria del ejercicio de la profesión farmacéutica, y que tampoco el decreto 2284/91 resulta aplicable en el ámbito provincial, ya que no existe delegación de facultades respecto de la regulación del ejercicio de las profesiones liberales ni de las cuestiones relacionadas con la salud de los habitantes de la Provincia.

En torno al Convenio suscripto entre el Gobierno federal y Caritas Internationalis (ley 22.164), manifestó que aquél no habilita a esta última a abrir locales en el territorio provincial para el expendio de medicamentos al margen de la normativa provincial aplicable.

Por último, refirió que la función social que desempeña la actora en lo que respecta a la entrega de medicamentos a los más necesitados se encuentra cubierta por las autoridades sanitarias en el marco de distintos programas que desarrolla el Ministerio de Salud de la Provincia.

– III –

A fs. 226/229, la actora contestó el traslado conferido respecto de la reconvención planteada y sostuvo la constitucionalidad de la ley nacional 17.565, aplicable en todo el territorio de la Nación, así como su incompatibilidad con la legislación provincial en cuanto a los sujetos autorizados a ser propietarios de farmacias y agregó que en ningún momento invocó la aplicabilidad al caso de las previsiones contenidas en la ley 24.307 ni en el decreto 2284/91.

– IV –

A fs. 233, se declaró la cuestión de puro derecho.

En tales condiciones, a fs. 236, el Tribunal corrió vista a esta Procuración General, a fin de que se expida sobre la inconstitucionalidad planteada.

– V –

Previo a todo, cabe señalar que V.E. sigue siendo competente, a tenor de las consideraciones efectuadas en el dictamen de fs. 52.

Sentado lo anterior, entiendo que, en primer término, hay que analizar si la ley 10.606, en cuanto sólo autoriza a ciertas entidades de bien público sin fines de lucro a ser titulares o propietarias de establecimientos farmacéuticos, vulnera los principios consagrados en los arts. 16 y 28 de la Constitución Nacional. Ello es así, pues de admitirse tal lesión será innecesario analizar los demás planteos de las partes, en particular, el relativo a la supuesta afectación del principio de supremacía federal (art. 31 de la Ley Fundamental), toda vez que si la norma provincial resulta inconstitucional en sí misma, carecería de sentido pretender confrontarla con otra de superior jerarquía y nada habría que indagar sobre el punto.

Creo oportuno recordar que el art. 14 de la ley 10.606 (con las modif. de la ley 11.328), establece que “Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) de profesionales farmacéuticos con título habilitante, b) de sociedades colectivas o sociedades de responsabilidad limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia, c) de sociedades en comandita simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando éstos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El o los socios comanditarios no podrán participar de más de tres (3) sociedades propietarias de farmacias, d) De establecimientos hospitalarios públicos dependientes de la Nación, provincia o municipios, e) De las obras

sociales, entidades mutualistas y/o gremiales que desearan instalar una farmacia para sus asociados, las que deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Una antigüedad mínima de cinco (5) años en su actividad social reconocida 2. Que se obliguen a mantener la dirección técnica efectiva personal de un farmacéutico y lo establecido en el art. 24 de la ley 10.606, cuyas condiciones de trabajo y remuneración mínima se fijarán por el Colegio de Farmacéuticos. 3. Estas farmacias estarán destinadas exclusivamente al servicio asistencial de los asociados o afiliados de la entidad o entidades que las instalen y de las personas a su cargo, cuya nómina y vínculo deberá consignarse en el carnet que lleva el beneficiario, salvo que existiere convenio de reciprocidad de servicios con otras obras sociales, entidades mutuales y/o gremiales. 4. Estas farmacias no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio de Salud. 5. El balance de estas farmacias debe estar integrado en el balance consolidado de la entidad propietaria. 6. Estas farmacias en ningún caso podrán ser integradas en concesión, locación o sociedad con terceros, sea en forma declarada o encubierta. Cuando se constatare la transgresión a esta norma se procederá a la inmediata clausura del establecimiento sin perjuicio de otras sanciones que pudieran aplicarse según el caso”.

Sobre la base del texto transcrito, se advierte que el legislador provincial permite a distintas categorías de individuos ser propietarios de un establecimiento farmacéutico. En primer lugar, a los profesionales de esa especialidad con título habilitante –ya sea en forma individual o agrupados en algún tipo societario– y a diferentes personas jurídicas comerciales o que persiguen un fin lucrativo, pero al mismo tiempo también autoriza a otras entidades, públicas o privadas, que carecen de fines de lucro, tales como son los hospitales públicos y las obras sociales, entidades mutualistas o gremiales, siempre y cuando se limiten a sus asociados y no desarrollen una actividad que genere réditos económicos.

Se trata, entonces, de un amplio espectro en el que tienen cabida personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro.

En este contexto, estimo que asiste razón a la actora cuando sostiene que si bien el legislador ha autorizado para ser propietarias de establecimientos farmacéuticos a ciertas organizaciones que pueden ser consideradas como entidades de bien público sin fines de lucro, tales

como obras sociales y entidades mutuales y/o gremiales, ha excluido a otras que revisten idéntica naturaleza, como es el caso de Cáritas, tal como, por otra parte, lo reconoce la Provincia al contestar la demanda (v. fs. 201/207).

En virtud de ello, corresponde examinar si tal exclusión puede compatibilizarse o no con los principios consagrados en los arts. 16 y 28 de la Constitución Nacional.

Al respecto, V.E. tiene dicho que la garantía constitucional del art. 16 implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106). Además, se atribuye a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, pero ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos objetivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 326:3142).

En su mérito, estimo que la diferenciación efectuada *ab initio* entre distintas entidades de bien público sin fines de lucro con objetivos similares, carece de razonabilidad y afecta la garantía de igualdad consagrada en el texto constitucional, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluir a la actora de lo que se concede a entidades similares en idénticas condiciones. Máxime teniendo en cuenta que ésta ha prestado el servicio desde 1980 hasta el 2002, sin que la Provincia le efectuara observación alguna ni haya acreditado la razonabilidad de imponer tal discriminación en perjuicio de aquélla.

Sobre este último punto, estimo pertinente traer a colación lo señalado por la Corte al fallar en la causa H.172, L.XXXV “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” que *mutatis mutandi* resulta aplicable a este caso. Dijo en tal oportunidad que “la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado resguardar y sobre los **medios** que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los

promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada” (conf. sentencia del 16 de noviembre de 2004, considerando 6º) del voto de la mayoría).

Ello no exime a estas entidades de bien público sin fines de lucro, como es obvio, de cumplir con los demás requisitos legales para la operación del establecimiento farmacéutico, en especial los destinados a garantizar la salud de la población.

Por todo lo expuesto, considero que el art. 14, inc. e, de la ley 10.606 (texto según ley 11.328), en cuanto impide a aquellas entidades de bien público que no se encuentren expresamente mencionadas ser propietarias de establecimientos farmacéuticos, carece de razonabilidad por ser contrario al principio de igualdad ante la ley. Lo hasta aquí mencionado torna innecesario analizar los demás planteos.

– VI –

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar a la demanda, en los términos indicados y declarar la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606 (texto según ley 11.328). Buenos Aires, 21 de diciembre de 2005. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, de los que

Resulta:

I) A fs. 38/50 se presenta, mediante apoderado, la Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana y promueve acción

declarativa de certeza, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley 10.606 (texto ordenado según ley 11.328), que reglamenta el ejercicio de la profesión farmacéutica, sobre cuya base le fue denegada a Cáritas Argentina –organismo dependiente de dicha entidad confesional– una solicitud para instalar y poner en funcionamiento una farmacia en el ámbito provincial.

Tras fundar la competencia del Tribunal, afirma que corresponde a sus fines “hacer obras de apostolado y de caridad”, objetivo que desarrolla mediante “Cáritas Argentina” que, a su vez, forma parte de la organización “Caritas Internationalis” con la cual el gobierno nacional suscribió un convenio, el 21 de octubre de 1981 –posteriormente renovado y actualmente vigente–, para facilitar la acción de aquélla en el país, que recibió aprobación mediante ley 22.614.

Argumenta que en el año 1980, por resolución 543 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, se autorizó a una parroquia dependiente de la Diócesis de San Martín, la instalación de un depósito para la tenencia y entrega de medicamentos recibidos en donación y bajo forma de muestras gratuitas. Posteriormente, la disposición 2729/1980 de la Dirección de Fiscalización Sanitaria aprobó el funcionamiento de dicho local.

Señala que en los primeros meses de 1996 informó a la Dirección de Farmacia de la Provincia el cambio de domicilio del depósito, solicitó autorización para reemplazar a la persona que desarrollaba la dirección técnica y presentó la documentación atinente a la nueva profesional, de conformidad con lo exigido por las normas en vigor. La solicitud, sin embargo, le fue denegada en función de que el depósito había sido dado de baja con anterioridad. Ante ello, luego de diversas inspecciones a cargo de agentes del Ministerio de Salud, requirió otra autorización para funcionar con detalle de las nuevas condiciones de distribución de los medicamentos –entrega no sólo de muestras gratuitas sino, además, de remedios a precio de costo– y de la realidad social de marcada pobreza del lugar donde se encontraba ubicado el establecimiento.

Sostiene que en el año 2002, se la intimó a adecuarse a la normativa vigente en materia de comercialización y dispensa de medicamentos

(leyes 10.606 y 11.405) lo que motivó el pedido de intervención de la Dirección General de Culto Católico del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación.

Manifiesta que la posición de la Provincia se fundó en el artículo 2° de la ley provincial 10.606 que prescribe que la dispensación al público de medicamentos sólo se puede efectuar en farmacias, quedando terminantemente prohibido realizarlo fuera de ellas. A su vez, el artículo 14 delimita las personas que pueden ser autorizadas a instalar una farmacia: profesionales farmacéuticos con título habilitante; sociedades colectivas o de responsabilidad limitada integradas por profesionales habilitados, establecimientos hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o municipios; obras sociales y entidades mutualistas y/o gremiales para, bajo determinados requisitos, brindar servicios a sus asociados.

Afirma que el ejercicio de la actividad farmacéutica “en todo el territorio de la nación” se encuentra regido por la ley 17.685 (artículo 1°). Según surge de la nota de elevación al Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto de texto normativo, sus redactores consideraron imprescindible la existencia de normas uniformes en todos aquellos aspectos que hagan a la salud pública, respetando el poder de policía de las provincias, cuyas autoridades serían las encargadas de aplicar las directivas en sus respectivas jurisdicciones.

Con cita de doctrina de esta Corte, aduce que el ejercicio por el gobierno de la Nación del poder de policía con los alcances recientemente expresados resulta legítimo y aún ineludible cuando tiene en mira satisfacer un interés que trasciende el ámbito provincial.

Señala que la norma local no menciona a las entidades de bien público sin fines de lucro –como es su caso– entre los sujetos que pueden ser habilitados como propietarios de una farmacia, supuesto que la ley nacional, en cambio, en su redacción original, sí contemplaba (artículo 14). Y si bien el respectivo precepto se encuentra actualmente derogado, de conformidad con lo reglado por los decretos 2284/91 y 240/99, “cualquier persona física o jurídica puede ser propietaria de una farmacia”. La incompatibilidad emergente –observa– debe ser resuelta a favor de la legislación nacional dado el interés general que ésta última persigue. La provincia, además, no puede desconocer la ley 22.164 que aprobó el convenio internacional antes citado.

En síntesis, sostiene que la disposición impugnada, en cuanto restringe a determinados sujetos la posibilidad de ser titulares de una farmacia en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, resulta inconstitucional ya que, sin fundamento razonable, crea una situación discriminatoria que afecta la garantía de igualdad.

II) La Provincia de Buenos Aires contesta la demanda y solicita su rechazo mediante el escrito de fs. 201/207.

Afirma que la normativa, cuya constitucionalidad se objeta, ha sido sancionada en perfecta concordancia con las normas superiores nacionales y provinciales. Procura demostrar tal aserto mediante la reseña del contenido de los artículos 42 de la Constitución Nacional y 36 de la provincial.

Subraya la envergadura del ejercicio del poder de policía estatal en relación con el control y fiscalización que debe ejercerse en el ámbito de la salud y, sin dejar de admitir que en ciertas hipótesis la Nación y las provincias ejercen facultades concurrentes, enfatiza que la reglamentación sobre comercialización de medicamentos y habilitación de los establecimientos correspondientes (farmacias) para su expendio encuadra en la materia de policía de salubridad y no constituye un poder conferido expresamente por la Constitución al Congreso Nacional, ni prohibido en términos expresos a las provincias, sin que exista incompatibilidad directa y absoluta en su ejercicio por parte de la Provincia y de la Nación. Añade, al respecto, que la incumbencia de la autoridad provincial en la materia, se encuentra contemplada específicamente en el citado artículo 36 (inciso 8°) de la Carta Suprema Bonaerense que la actora no ha impugnado como contraria a la Constitución Nacional ni a la legislación en la que sustenta su pretensión.

Manifiesta que si bien la actora no se encuentra incluida dentro de las categorías de personas autorizadas por la ley local –mediante disposiciones establecidas en función del bien común y al bienestar general– para instalar farmacias, nada le impide encuadrarse dentro de alguna de las figuras allí previstas, ya sea contratando a un profesional farmacéutico para requerir la habilitación, realizando convenios con obras sociales, mutualistas o gremiales y adaptando el local a las exigencias correspondientes al tipo de actividad que se pretende realizar.

En otro orden, sostiene que la adhesión provincial a los principios del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, en modo alguno obliga a las legislaturas provinciales en uno u otro sentido. En relación con la alegada violación que la normativa provincial acarrearía respecto de las previsiones del decreto de desregulación económica 2284/91 y de la ley 24.307 mediante la cual el Congreso de la Nación lo ratificó, así como del orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional, reitera que la facultad de reglar lo atinente al proceso de producción y comercialización de medicamentos incumbe a la provincia por imperio de la Ley Suprema local, cuyas respectivas disposiciones no fueron cuestionadas. Plantea igualmente, en subsidio, la inconstitucionalidad del referido decreto y de la ley nacional convalidatoria, así como de la ley 17.565 en la medida en que se pretende su aplicación en el ámbito territorial propio, por avasallar la autonomía del Estado local.

Advierte que el hecho de que la ley 22.164 haya aprobado el convenio suscripto entre el Gobierno Federal y Caritas Internationalis a fin de facilitar la acción de Cáritas Argentina, no significa en absoluto conferir a esta última organización una habilitación para abrir locales en territorio provincial para el expendio de medicamentos al margen de las disposiciones aplicables.

Finalmente observa que tanto el Ministerio de Salud de la Provincia, como el de carácter nacional, proveen medicamentos en forma gratuita a personas carenciadas de toda la Provincia de Buenos Aires para atender cualquier tipo de patologías, de manera que la función social que desempeña la actora, en lo que aquí respecta, se encuentra ampliamente cubierta por las autoridades sanitarias en el marco de los respectivos programas.

III) Corrido el traslado de la documentación adjunta con la contestación de demanda y del planteo de inconstitucionalidad allí articulado, la actora lo contestó a tenor de los escritos de fs. 220/223 y 226/229.

IV) A fs. 233, a pedido de la actora, se declaró la cuestión de puro derecho.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquél, se hace lugar a la demanda promovida por la actora y se declara la inconstitucionalidad del artículo 14, inciso e, de la ley 10.606, de la Provincia de Buenos Aires (texto según la ley 11.328), con los alcances indicados en el aludido dictamen. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que esta causa es de la competencia originaria de esta Corte Suprema (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que en las actuaciones se ha puesto en tela de juicio la validez de una norma dictada por la autoridad legislativa provincial respecto de una materia –salubridad– tradicionalmente considerada como integrante del denominado “poder de policía” cuya regulación no ha sido, como principio, delegada en la Nación (conf. doctrina de Fallos: 7:150). Cabe observar, sin embargo que, como lo ha señalado oportunamente el Tribunal (Fallos: 300:402), la multiplicidad de aspectos que puede presentar el poder de policía hacen que el de la Nación pueda entrar ocasionalmente en colisión con el de las provincias, sin delegar en aquélla, o viceversa. Ello no obsta a que, sobre determinadas materias, tanto el Congreso como las provincias tengan el poder de dictar leyes, es decir, existan funciones concurrentes que, manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales, permitan su coexistencia legislativa.

3º) Que cabe traer a colación, asimismo, como ha sido señalado en Fallos: 208:497, que la potestad legislativa reconocida a las provincias, incluida la relacionada con el orden público local que impone el ejercicio del poder de policía, se encuentra expresamente limitada en la Constitución “por la norma del artículo 67 inciso 11 (hoy 75, inciso 12) relativa a la legislación civil y comercial” y “por la que impone la

libertad del comercio interprovincial sancionada por los incisos 9° y 12 del artículo 67 (hoy incisos 10 y 13 del artículo 75) que reservan expresamente la regulación de él al Congreso Nacional”. Además, el desenvolvimiento de tal potestad encuentra otro vallado, según lo enfatizó el Tribunal en el citado fallo, en la “primacía de la legislación nacional en las materias respecto de las cuales concurren las facultades de la Nación y de las provincias” dado que todo cuanto pueda ser regulado por las legislaciones provinciales en materias de derecho común “lo ha de ser mientras no fuere objeto de regulación por parte del Congreso Nacional o, en caso de haberlo sido, en armonía con ella, puesto que proviniendo dicha facultad de lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución (actualmente 121), es patente que no se trata de una facultad privativa sino compartida con el Gobierno Nacional al cual le es atribuida, hasta con los mismos términos, en el inciso 16 del artículo 67” (hoy artículos 7° y 75 inciso 18). “Pero está en el orden natural que una tal concurrencia, tratándose de legislaciones que no pueden alcanzar sus respectivas finalidades sino disponiéndose según la relación de la parte con el todo, impone el reconocimiento de la primacía de la legislación del todo”.

4°) Que es menester recordar igualmente que, ante un planteo con algunas aristas similares al del *sub lite*, vinculado con la ley 16.463 denominada “Ley de Medicamentos”, esta Corte –con cita del precedente de Fallos: 310:112– señaló que, sin perjuicio de la legitimidad que cabe reconocer a la facultad de la autoridad local para reglar la materia en el ámbito propio de su jurisdicción, “las actividades de importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, están sometidas a la ley –nacional– 16.463 y solo pueden realizarse previa autorización y bajo control del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública... el que ejerce el poder de policía sanitaria referente a dichas actividades...” (Fallos: 318:1077). Con arreglo a lo expuesto, el despliegue de la potestad reglamentaria que incumbe a los Estados locales, dentro del marco de sus competencias, no inhibe la facultad de la Nación de legislar sobre los aspectos esenciales y generales de la actividad que se desarrolla, inclusive, en el interior de las provincias y que, de algún modo, resulte susceptible de menoscabar u obstruir el comercio interprovincial y exterior o perturbar el bienestar general en el orden nacional (Fallos: 239:343).

5º) Que es preciso apuntar, asimismo, que justamente en relación con la actividad farmacéutica, el Tribunal no solo ha admitido la concurrencia de potestades reglamentarias entre la Nación y las provincias, sino que ha otorgado cierta prevalencia a la desplegada por la autoridad nacional. En efecto, en el precedente de Fallos: 308:943 señaló que “la ley 17.565 –régimen legal del ejercicio de la actividad farmacéutica y de la habilitación de las farmacias, droguerías y herboristerías– ha sido dictada por la autoridad nacional en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 67, inciso 16 (de la Constitución Nacional, texto anterior a la reforma de 1994). Trátase, en definitiva, del poder de policía del Estado que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, se justifica por la necesidad de la defensa y afianzamiento de la moral, la salud y la conveniencia colectiva o el interés económico de la comunidad. El empleo concreto de tales facultades por el Gobierno de la Nación deviene legítimo y aún ineludible, cuando tiene en mira satisfacer (como en el caso) un interés que trascienda el ámbito provincial” (confr. causa aludida y sus citas).

6º) Que, a la luz de tales directrices, resulta claro que las cuestiones medulares que hacen al desenvolvimiento de la industria y actividad farmacéuticas, corresponden a la esfera reglamentaria de la Nación, mientras que lo concerniente a la habilitación de los establecimientos respectivos, al contralor de la matrícula de los profesionales y a la vigilancia directa sobre el cumplimiento de los recaudos a que ha de estar sujeta la conservación, distribución y comercialización de medicamentos son de la incumbencia de la autoridad sanitaria provincial. Ese criterio de reparto de competencias, contrariamente a lo afirmado por la demandada, es el que recoge el propio texto de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en cuanto establece que “el medicamento, por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización” (artículo 36, inciso 8º).

7º) Que, por lo que se lleva dicho, la confrontación normativa suscitada en el caso debe resolverse otorgándose preeminencia a las disposiciones de la ley nacional 17.565, invocada por la actora en apoyo de su pretensión. Dicha norma establece –en lo que interesa para decidir el presente– que “la preparación de recetas y despacho y venta al público de drogas, medicamentos y especialidades farmacéuticas, en todo el territorio de la Nación, solamente podrá ser efectuado en las

farmacias”, de acuerdo con las prescripciones de la norma, de manera que su venta y despacho en otros ámbitos “se considera ejercicio ilegal de la farmacia” y puede dar lugar a sanciones administrativas o penales (artículo 1º). La norma prevé, asimismo, el procedimiento para la habilitación, fiscalización, control y, eventualmente suspensión y clausura de los establecimientos farmacéuticos, aspectos que deja a cargo de “la autoridad sanitaria competente” (artículo 2º). Determina, además, que cada farmacia deberá estar a cargo de un “director técnico”, responsable ante las autoridades del cumplimiento de la normativa aplicable (artículo 18), puesto al que sólo podrán acceder los “farmacéuticos, doctores en farmacia y doctores en farmacia y bioquímica” (artículo 19). El plexo legal aborda, por lo demás, diferentes aspectos de la organización de los locales, condiciones para la habilitación, deberes y responsabilidades de sus titulares, etc. Preciso es subrayar que, en su actual redacción, la ley no contiene ninguna prescripción sobre “la propiedad” –o titularidad– de los establecimientos farmacéuticos (término que sólo ha subsistido en el encabezamiento del capítulo II cuyo articulado ha sido, en lo sustancial, derogado por el decreto 2284/91). Cabe recordar, no obstante, que el texto original de la norma, en su artículo 14, autorizaba la instalación de farmacias cuando su propiedad fuera: “a) de profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia, de conformidad con las normas de esta ley; b) de sociedades de responsabilidad limitada o sociedades colectivas integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia; c) de sociedades comandita simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando estos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica de la farmacia ni en ninguna tarea vinculada con el ejercicio profesional. Este tipo de sociedades sólo podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes, a los fines de la salud pública deberán individualizarse ante la autoridad sanitaria...; d) de entidades de bien público sin fines de lucro, de cooperativas de consumo, de mutualidades, de obras sociales o de sindicatos, siempre que sus estatutos lo autoricen expresamente”.

8º) Que, por su parte, la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires, al reglamentar la materia, reproduce –en líneas generales– los requisitos esenciales a los que la ley 17.565 supedita la práctica de la tarea farmacéutica. En efecto, la directiva atinente a que el expendio y despacho de medicamentos debe efectuarse únicamente en farmacias habilitadas, a cuyo cargo se halle un director técnico con título –al

menos— de farmacéutico, se encuentra expresamente recogida en los artículos 2º, 21, 22 y conchs. de la ley. Ahora bien, en lo que atañe a la titularidad de los establecimientos, la reglamentación copia prácticamente los tres primeros incisos del derogado artículo de la ley nacional; menciona —en un cuarto apartado— a los “establecimientos hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios” e incluye —en un acápite final— a las “obras sociales, entidades mutualistas y/o gremiales que desearan instalar una Farmacia para sus asociados” (con sujeción a determinados recaudos; conf. artículo 14).

9º) Que de los términos que acaban de ser reproducidos se desprende con nitidez que, contrariamente a lo que acontece en el plano nacional, la regulación del Estado demandado no da cabida a las sociedades constituidas bajo un tipo societario diverso al allí referido, a personas de derecho público no estatal, a las asociaciones civiles, a las organizaciones no gubernamentales ni a ningún otro sujeto cuya personalidad jurídica no encuadre en alguna de las figuras taxativamente enumeradas.

La inconstitucionalidad del precepto aparece así incuestionablemente configurada como consecuencia de diversos factores. La norma no sólo es producto de una evidente extralimitación del legislador provincial en el ejercicio de la potestad reglamentaria correspondiente a su poder de policía, concebido éste con los alcances explicados en los considerandos precedentes, sino que, además, al crear una suerte de “prohibición” para el ejercicio de ciertos derechos que, como regla, son reconocidos por el ordenamiento común a las personas jurídicas en general, conforme a los fines de su institución (artículos 33, inciso 3º, y 35 del Código Civil), ha abordado un tópico que es del resorte exclusivo del Congreso de la Nación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 12 de la Carta Constitucional.

Por otro lado se aprecia, sin vacilación alguna, que el tenor mismo de la prescripción censurada —más allá de que se invoquen loables propósitos inspiradores de su dictado— es manifiestamente lesivo de la garantía constitucional de igualdad (artículo 16) por impedir que determinados sujetos puedan acceder a la propiedad de una farmacia en el ámbito provincial, cuando una restricción de esa índole no se constata en el resto del país.

10) Que, en suma, la disposición del artículo 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires es inconstitucional tanto en virtud

de la extralimitación incurrida por la autoridad legislativa local al sancionarla cuanto por la irrazonabilidad intrínseca que exhibe en lo referente a los sujetos habilitados para ser titulares de establecimientos farmacéuticos. Tal conclusión es suficiente para fundamentar el acogimiento de la demanda con lo que se torna innecesario abordar los restantes planteos articulados por las partes.

Resta señalar, tan solo, que la remoción del obstáculo legal establecido en el plano local para que determinadas personas o entidades puedan acceder a la titularidad de una farmacia, no importa desconocer a su respecto la vigencia y eficacia de las restantes disposiciones —emanadas del Congreso Nacional y de la Legislatura provincial— que, en resguardo del derecho a la salud, determinan los requisitos y condiciones a los que la operatoria de la actividad está supeditada y que han sido sucintamente referenciados en el considerando 7° de la presente.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se decide: Hacer lugar a la demanda y declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, inciso e, de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires (texto según la ley 11.328), con los alcances que surgen de los considerandos precedentes. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Resulta:

I) A fs. 38/50 se presenta la Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana e inicia demanda, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley local 10.606 (t.o. según la ley 11.328)

que reglamenta el ejercicio de la profesión farmacéutica y se determine que la provincia no tiene derecho a denegarle a Cáritas San Martín, organismo a través del cual aquélla desarrolla su actividad caritativa, la autorización para la instalación y funcionamiento de una farmacia.

Como sustento de su pretensión, la actora manifiesta que en el año 1980, mediante resolución 453 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, se permitió a la Parroquia “Nuestra Señora de la Medalla Milagrosa”, dependiente de la Diócesis de San Martín, instalar un depósito para la tenencia y entrega de muestras gratuitas de medicamentos recibidas en donación. Posteriormente, la disposición 2729/1980 de la Dirección de Fiscalización Sanitaria, aprobó el funcionamiento de dicho local y reconoció a un farmacéutico como director técnico.

Señala la accionante que, en febrero de 1996, informó a la Dirección de Farmacia de la Provincia el cambio de domicilio del depósito a la sede de la Parroquia “Nuestra Señora de la Merced” y solicitó autorización para modificar el farmacéutico que se encontraba a cargo. Dicha solicitud le fue denegada mediante nota n° 0290, en función de que el depósito había sido dado de baja por disposición 0202 del 6 de marzo de 1990. Ante tal negativa, requirió otra autorización para funcionar y detalló las nuevas condiciones de distribución de medicamentos –entrega de muestras gratuitas y, además, venta de remedios a precio de costo–. Afirma que en el año 2002 recibió una carta documento proveniente de la Dirección de Farmacia, mediante la cual se la intimó, por una serie de denuncias referidas a la venta de medicamentos en el local contiguo a la parroquia, a adecuarse a la normativa vigente en materia de comercialización de medicamentos.

Manifiesta que la posición de la Provincia se sustentó en el artículo 2° de la ley 10.606 el cual prescribe que la dispensación al público de medicamentos sólo se puede efectuar en farmacias y, a su vez, en el artículo 14 que delimita las personas que pueden ser autorizadas a instalar una farmacia: profesionales farmacéuticos con título habilitante; sociedades colectivas o de responsabilidad limitada integradas por profesionales habilitados; establecimientos hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios y obras sociales, entidades mutualistas y/o gremial. Así aduce que en virtud de la necesaria instalación de una farmacia para vender medicamentos y el no encuadre de la actora –una entidad sin fines de lucro– en alguno de los cinco incisos del artículo 14, se le negó toda posibilidad de funcionamiento.

Continúa diciendo que el Gobierno federal, en uso de la atribución que le confiere el artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional, reglamentó el ejercicio de la actividad farmacéutica “*en todo el territorio de la Nación*” (artículo 1° de la ley 17.565). A ello agrega que la ley nacional en su redacción original (artículo 14), a diferencia de la norma local, contemplaba a las entidades de bien público sin fines de lucro entre los sujetos que podían ser habilitados como propietarios de una farmacia. Y si bien dicho precepto se encuentra actualmente derogado por los decretos 2284/91 y 240/99, en la actualidad, según interpretó, “*cualquier persona física o jurídica puede ser propietaria de una farmacia*”. También sostiene que la provincia no puede desconocer la ley 22.164 que aprobó el “Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y Caritas Internationalis para facilitar la acción de Cáritas Argentina”.

Observa que las incompatibilidades descriptas y la consiguiente afectación de normas emanadas del Gobierno Federal –artículo 31 de la Constitución Nacional– debe ser resuelta a favor de la legislación nacional dado el interés general que ésta última persigue y a fin de restaurar la juridicidad vulnerada.

Finalmente afirma que el artículo 14 de la ley 10.606, en cuanto restringe a determinados sujetos la posibilidad de ser titulares de una farmacia en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, resulta inconstitucional ya que, sin fundamento razonable, crea una situación discriminatoria que afecta el principio de igualdad. En este sentido, sostiene que el inciso e de dicho artículo produce una desigualdad entre sectores o categorías (obras sociales, entidades mutualistas y/o gremiales y entidades de bien público sin fines de lucro en general) que pueden considerarse válidamente como iguales y, además, esta diferenciación no guarda una adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, en el caso, el derecho a la salud de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires.

II) A fs. 201/7 la Provincia de Buenos Aires contesta demanda y solicita su rechazo.

Manifiesta, en síntesis, que la legislación atacada ha sido sancionada en perfecta concordancia con las normas constitucionales nacionales y provinciales (artículos 42 de la Constitución Nacional y 36 de la provincial).

Remarca la importancia del ejercicio del poder de policía estatal en relación con el control y fiscalización que debe ejercerse en el ámbito de la salud. En este sentido, señala que las prohibiciones y autorizaciones hechas por la ley cuestionada son razonables y proporcionales con la finalidad de policía perseguida.

Afirma, además, que si bien en ciertas hipótesis la Nación y las provincias ejercen facultades concurrentes, la reglamentación sobre comercialización de medicamentos y habilitación de los establecimientos correspondientes para su expendio (farmacias) encuadra en la materia de policía de salubridad y no constituye un poder conferido expresamente por la Constitución al Congreso Nacional (artículo 75), ni prohibido en términos expresos a las provincias (artículo 126), sin que exista incompatibilidad directa y absoluta en su ejercicio por parte de la Provincia y de la Nación. Añade, al respecto, que la incumbencia de la autoridad provincial en la materia, se encuentra contemplada específicamente en el citado artículo 36, inciso 8º de la constitución bonaerense que la actora no ha impugnado como contraria a la Constitución Nacional ni a la legislación en la que sustenta su pretensión.

En relación con la alegada violación del orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional, la demandada reitera que la facultad de reglar lo atinente al proceso de producción y comercialización de medicamentos incumbe a la provincia por imperio de la Ley Suprema local (artículos 36, inciso 8º). Plantea igualmente, en subsidio, la inconstitucionalidad de la ley nacional 17.565, en la medida que se pretenda su aplicación en el territorio provincial, por avasallar la autonomía del Estado local.

En otro orden, sostiene que no se configura vulneración alguna al principio de igualdad ya que, si bien la actora no está incluida entre las personas autorizadas para instalar una farmacia conforme lo previsto en el artículo 14 de la ley cuestionada, nada le impide encuadrarse dentro de alguna de las categorías allí previstas, sea contratando a un profesional farmacéutico para requerir la habilitación o mediante la celebración de convenios con obras sociales, mutuales o gremiales.

Por lo demás, advierte que el convenio suscripto entre el Gobierno Federal y Caritas Internationalis (ley 22.164) a fin de facilitar la acción de Cáritas Argentina, no la habilita a abrir locales en el territorio provincial para el expendio de medicamentos al margen de la normativa aplicable.

Por último, refiere que la función social que desempeña la actora en lo que respecta a la entrega de medicamentos a los más necesitados, se encuentra cubierta por las autoridades sanitarias en el marco de distintos programas que desarrolla el Ministerio de Salud de la Provincia.

III) A fs. 220/223 la actora contesta el traslado conferido de la documentación presentada, y a fs. 226/229 hace lo propio con el planteo formulado en el punto 7 de fs. 201/207.

IV) A fs. 233, a pedido de la actora, se declara la cuestión de puro derecho y a fs. 236 se corre vista a la Procuración General.

Considerando:

1º) En primer término, corresponde recordar que el artículo 116 de la Constitución Nacional establece que compete a la Corte Suprema y demás tribunales nacionales el poder de decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional y las leyes dictadas por el Congreso. De ahí que, en la misma línea, el artículo 2º de la ley 27 expresa que la justicia nacional *“nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”*.

Tales disposiciones han sido interpretadas por esta Corte asignándoles un efecto normativo orientado a excluir cierto tipo de planteos o peticiones dirigidas a los tribunales por el hecho de no corresponder al concepto de “causa” o “caso” utilizado en los textos citados; ello así, en el entendimiento de que éste último constituye al mismo tiempo el fundamento y límite de la jurisdicción propia de los tribunales nacionales en el marco de la distribución de poderes entre las tres ramas en que se organiza el gobierno nacional (Fallos: 242:353; 322:528; 326:1007, 2931, entre muchos otros).

2º) Sentado lo que antecede, cabe poner de relieve que, en una primera etapa de su jurisprudencia el tribunal entendió que debía negarse el carácter de causa a todas aquellas demandas que tuviesen por objeto *principal* obtener directamente una declaración judicial sobre la inconstitucionalidad de una norma legal (Fallos: 256:144) así como aquellas pretensiones genéricas o *abstractas* (Fallos: 2:253); de todo lo cual resultó en la práctica un control de constitucionalidad de carácter concreto e incidental.

Sin embargo, a partir del año 1988 esta Corte admitió la posibilidad de examinar demandas dirigidas directamente a obtener un pronunciamiento declarativo sobre la constitucionalidad de una determinada norma (Fallos: 307:1379) aunque preservando el requisito de que la pretensión tuviese relación con un interés concreto y definido que se encontrase directamente afectado por la norma impugnada. Es lo que resulta del precedente “Constantino Lorenzo” (Fallos: 307:2384) en que el tribunal desestimó la demanda por no configurarse una “causa”, aunque aclarando que ello no se debía al carácter declarativo y directo de la pretensión (considerando 4º), sino a la ausencia de un interés inmediato y concreto. En el considerando 5º recordó que *“la organización constitucional sobre la base exclusiva de la protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera “causa” o “caso” en justicia, fue una decisión consciente de quienes dieron su estructura al poder judicial federal”*.

Con posterioridad y en relación con esto último, el tribunal fue estableciendo los criterios para decidir si en el marco de tales acciones directas estaba presente o no un interés concreto e inmediato. El primero de tales criterios (sentado en el precedente de Fallos: 307:1379) entendió que ello así sucedía cuando la acción *“busca precaver los efectos de un acto en ciernes –al que se atribuye ilegitimidad al régimen constitucional federal–”*. La mencionada regla fue luego utilizada en Fallos: 310:606 para admitir una demanda dirigida contra normas de naturaleza tributaria que habían dado ya lugar a una intimación por parte del fisco. También, en otras decisiones, el Tribunal consideró que correspondía admitir formalmente la demanda y que por lo tanto se configuraba una “causa” aun cuando no se hubiera verificado una actividad administrativa orientada inequívocamente a aplicar la ley en perjuicio de la parte actora; es lo que sucedió en los casos de Fallos: 310:977; 2812 y 322:1253, entre otros, puesto que por las características del planteo y de las normas impugnadas estaban dadas las condiciones para concluir que no se trataba de una petición con carácter “simplemente consultivo” o que importase una “indagación meramente especulativa”.

3º) Con arreglo a lo expresado y a las constancias que obran en el expediente, cabe concluir que la demanda intentada resulta inadmisibles.

En efecto, en el caso se trata de una acción directa que tiene por objeto principal obtener un pronunciamiento que declare la inconstitu-

cionalidad de una cláusula legal (artículo 14 de la ley de la Provincia de Buenos Aires 10.606) que, por lo que se dirá, no satisface ninguno de los criterios antedichos para tener por configurado la presencia de un interés concreto e inmediato y, por ende, de una “causa” en los términos de los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2º de la ley 27.

4º) En primer lugar, la actividad que desplegaba Cáritas, tal como es descripta en la misma demanda, –entrega de muestras gratuitas recibidas en donación y de algunos medicamentos al precio de costo– en los depósitos contiguos a las Parroquias “Nuestra Señora de la Medalla Milagrosa” y “Nuestra Señora de la Merced”, no puede ser considerada como la actividad propia de una farmacia. Tampoco en esos términos fue presentada tal actividad ante las autoridades provinciales en los diversos requerimientos que les fueron dirigidos por Cáritas. Por lo tanto, los actos administrativos mediante los cuales se denegó la autorización para continuar con la operatoria señalada no pueden ser tomados como un “acto en ciernes” relacionado con el alegado interés de Cáritas en obtener la habilitación para instalar una farmacia.

En segundo término, tampoco se dan las condiciones que autoricen a tener por configurada una “causa” sin que medie un “acto en ciernes”, puesto que tal como ha sido planteada la cuestión, la pretensión articulada por la parte actora presenta características tales que la asimilan a una petición de carácter consultivo. En efecto, en la medida que no hay constancias de que la demandante haya iniciado trámite alguno ante las autoridades de la Provincia de Buenos Aires orientado a obtener la habilitación de una farmacia, un pronunciamiento de esta Corte que haga lugar a la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley 10.606 y declare que las autoridades provinciales no pueden impedirle a Cáritas que instale una farmacia, sólo sería efectiva en el supuesto, enteramente hipotético, de que la nombrada entidad en algún momento futuro efectivamente solicite a la provincia dicha autorización.

Queda claro entonces, que al momento del dictado de esta sentencia no se configura un “acto en ciernes” que pueda ser prevenido por el pronunciamiento judicial que se solicita, el que por otra parte, no tendría otro efecto que el propio de una opinión consultiva dictada a favor de una decisión futura y conjetural de quien la ha promovido.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal subrogante, se rechaza la demanda promovida. Con costas (artículo 68 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Parte actora: **Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana**, representada por **Julio Horacio Miranda**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Ernesto Alberto Marcer y Juan Santiago Pasquier**.

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**, representada por el **Dr. Alejandro Fernández Llanos**.

HECTOR ORLANDO ZANETTI c/ E.N. – M° DE JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS DE LA NACION – SERV. PENIT. FEDERAL

RETIROS Y PENSIONES DE FUERZAS DE SEGURIDAD.

Corresponde revocar la sentencia que admitió la pretensión atinente a que se incluya en el cálculo del haber de retiro el suplemento por “casa-habitación”, previsto en el art. 37, inc. f, de la ley 20.416, reglamentado por el decreto 1058/89, si la última función desempeñada fue en un cargo que no estaba contemplado entre los que tenían derecho a percibir el suplemento, sin que obste a la decisión el hecho de que el cargo se haya jerarquizado posteriormente al pase a retiro del actor.
–El Dr. Carlos S. Fayt remitió a su disidencia en la causa “Díaz, Guido Absalón” sentencia del 9 de febrero de 2010–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la sentencia de la anterior instancia y admitió la acción, entablada por un agente del servicio Penitenciario Nacional retirado, dirigida a obtener la inclusión en su haber de pasividad del suplemento casa-

habitación dispuesto por el decreto 1058/89, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 37, inciso f) de la ley 20.416 (v. fs. 113).

Contra lo así decidido, el demandado Estado Nacional –Ministerio de Justicia – Servicio Penitenciario Nacional– interpuso recurso extraordinario que fue concedido (v. fs. 118/121 y 125, respectivamente).

– II –

Manifiesta la recurrente –en lo que aquí interesa– que surge claramente del artículo 5° del decreto 1058/89, que los retirados y pensionados podrán incrementar su haber de pasividad con el valor locativo del diez por ciento (10%), si hubieran gozado de casa-habitación al momento de cesar en sus funciones. Añade, que el actor no percibía dicho concepto al momento del cese de sus funciones; por tal razón, y de acuerdo a lo estipulado por el artículo 9° de la ley 13.018, no corresponde cobrar suma alguna por dicho rubro.

Por otro lado, sostiene que si bien el accionante se desempeñaba como Jefe en la actual División de Retiros y Pensiones, al momento en que prestaba servicios, dicha área sólo revestía la categoría de Jefatura y sus empleados carecían de derecho al suplemento. En virtud de ello, critica la conclusión del *a quo* en cuanto afirmó que de haber seguido en actividad le hubiera correspondido al actor cobrar dicha suma.

– III –

En principio, los agravios traídos a esta instancia configuran cuestión federal para declarar procedente el recurso interpuesto, toda vez que se han puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (Fallos: 310:1873; 320:735, entre otros).

Sin embargo, en la causa S.C. P. 1.211; L. XXXIX “Pintos Eduardo Benjamín c/ Ministerio de Justicia –Servicio Penitenciario Federal – s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seguridad”, sustancialmente análoga a la presente, V.E. el 9 de mayo de 2006 rechazó el recurso extraordinario interpuesto por considerarlo insuficiente, insustancial

o carente de trascendencia (art. 280 C.P.C.C.N.). En consecuencia, sin perjuicio de la opinión vertida por esta Procuración General en dicho expediente, corresponde desestimar el presente recurso y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 23 de septiembre de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 3 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Zanetti, Héctor Orlando c/ E.N. – M° de Justicia y Derechos Humanos de la Nación – Serv. Penit. Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”.

Considerando:

1º) La Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social –al confirmar la sentencia de la instancia anterior– admitió la pretensión del actor atinente a que se incluya en el cálculo de su haber de retiro el suplemento por “casa-habitación”, previsto en el artículo 37, inc. f de la ley 20.416, reglamentado por el decreto 1058/89. Contra el pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 118/121 y vta. que fue concedido a fs. 125.

2º) El recurso es formalmente admisible en razón de que se encuentra controvertido el alcance e interpretación de las disposiciones antes citadas que revisten naturaleza federal, y la decisión final de la causa ha sido adversa al derecho que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

3º) El citado artículo 37 en su inciso f prescribe que “son derechos de los agentes penitenciarios... disponer de casa-habitación o alojamiento o su compensación en efectivo...”.

Esta norma ha sido reglamentada por el decreto 1058/89 confirmando el beneficio a los titulares de los organismos enunciados en el artícu-

lo 7° de la ley mencionada (Director Nacional, Subdirector Nacional, Consejo de Planificación y Coordinación, Dirección General del Cuerpo Penitenciario, Dirección General de Régimen Correccional, Dirección General de Administración, Dirección de Trabajo y Producción, Dirección de Obra Social, Dirección de Secretaría General y Dirección de Auditoría General); y a los que en unidades, institutos y servicios se desempeñen en los cargos indicados en el artículo 1° de ese decreto.

De igual modo, cabe la posibilidad de que los retirados y pensionados incrementen su haber de pasividad con el valor locativo del 10% “si hubieren gozado de casa-habitación al momento de cesar en sus funciones, debiendo efectuar previamente los aportes previsionales omitidos” (art. 5°, dto. 1058/89).

4°) Del juego de los artículos 1° y 5°, antes citados, surge que el decreto 1058/89 prevé, en cada uno de ellos, dos hipótesis diferenciadas: una, en el artículo 1° que reconoce el suplemento a determinados agentes en situación de actividad en tanto ejerzan las funciones taxativamente enumeradas en dicha norma; y otra, en el artículo 5° que contempla la situación de aquellos agentes que al tiempo del dictado de esa reglamentación se hallaban en pasividad (retirados o pensionados), condicionando el reconocimiento a que hubieran gozado del beneficio al momento del cese en funciones.

En consecuencia, la cuestión ventilada en autos resulta ajena al supuesto contemplado en el artículo 5° antes reseñado, pues el actor revistaba en actividad a la fecha de sanción del régimen (6-7-89); pasó posteriormente a disponibilidad, a los fines del retiro obligatorio, a partir del 1° de julio de 1990, y se retiró en enero de 1991.

5°) Corresponde, entonces, determinar si su situación encuadraba o no en el artículo 1° de dicho decreto, que es el que rige la cuestión en debate.

Según constancias obrantes en autos, la última función desempeñada por el Subprefecto Zanetti fue la de Jefe de División Retiros y Pensiones, en el período 5 de enero de 1990 al 30 de junio de ese año (conf. fs. 3 del expte. administrativo, unido por cuerda), cargo que no estaba contemplado entre los que tenían derecho a percibir el suplemento.

La circunstancia de que la División Retiros y Pensiones cuya titularidad ejercía, fue revalorizada, conforme con el decreto 2814/92, como

Dirección —con posterioridad a producirse el cese en sus funciones— lo que permitió que a partir de entonces su respectivo titular pudiera acceder al beneficio, no acuerda al actor el derecho pretendido en estas actuaciones.

Si el beneficio no le correspondía percibirlo estando en actividad, no puede admitirse su reconocimiento en situación de pasividad, aun cuando el cargo se haya jerarquizado posteriormente al pase a retiro del actor.

Ello, en razón de que el suplemento en análisis no formaba parte de la última remuneración percibida por él al tiempo del cese en funciones, y en consonancia con la prescripción del artículo 9 de la ley previsional (13.018) que establece que cualquiera sea la situación de revista que tuviere el personal al momento de su retiro se computará, a los efectos de determinar su haber de pasividad, el importe del último sueldo y demás adicionales de cualquier naturaleza sobre los que se efectúen descuentos jubilatorios.

Cabe agregar que la reglamentación del suplemento lo ha relacionado con el cargo desempeñado por el agente penitenciario, lo que es lógico en razón de la propia naturaleza del beneficio que atiende al tipo de tareas desempeñadas. Y la diferenciación entre grado y función que surge de esa normativa no atenta contra la movilidad de la prestación jubilatoria en la medida en que la remuneración que a ese fin debe tenerse en cuenta es la fijada presupuestariamente para el grado y no para la función (art. 1º, decreto ley 23.896/56), por lo que tampoco se encuentra afectada la proporcionalidad garantizada entre los haberes que percibe el personal en actividad y el que se halla en situación de retiro.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, ley 48). Costas de todas las instancias por su orden, en atención a que dada la dificultad de interpretación de los textos el actor pudo creerse con derecho para reclamar (art. 68, 2º párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que en lo relativo a la procedencia formal del recurso extraordinario esta Corte remite a lo expresado en el dictamen que antecede en cuanto a que los agravios traídos a esta instancia configuran cuestión federal para declarar procedente el recurso interpuesto, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal y la sentencia del superior tribunal de la causa resultó contraria al derecho que la recurrente fundó en ella (Fallos: 310:1873; 320:735, entre otros).

Que, en lo demás, las cuestiones planteadas resultan análogas a las resueltas en la causa D.1013.XLII. “Díaz, Guido Absalón c/ Est. Nac. Min. de Just. y D.H. – Sec. Pol. Crim. Serv. Pen. Fed.” (sentencia del 9 de febrero de 2010, disidencia del juez Fayt) a cuyos fundamentos corresponde remitir, en razón de brevedad.

Por ello y lo concordantemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por **la parte demandada**, representada por **la Dra. Silvana Gabriela Severino**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala III**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 1**.

CARLOS GUSTAVO BRUNO Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL

PODER JUDICIAL.

Si bien el decreto 1770/91 delimitaba el lapso en el que había tenido lugar el desfasaje salarial que se pretendía reparar con el pago, lo evidente es que la

suma mensual allí reconocida se expresó en valores actualizados a la fecha de su entrada en vigencia, por lo que al conceder el reajuste de la deuda desde cada período mensual en el lapso de prestación de servicios tenido en cuenta para el pago, laalzada repotenció un crédito ya actualizado a la fecha de su reconocimiento, incrementando de ese modo su real significado económico en detrimento del deudor.

–Del precedente “González Díaz, Rafael Angel” (Fallos: 331:2573)–.

PODER JUDICIAL.

Los beneficiarios de los pagos instrumentados por el decreto 1770/91 –remuneraciones judiciales– por un título derivado no pueden obtener por esa vía una compensación superior –en términos nominales– a la percibida oportunamente por los destinatarios directos del sistema –que no cobraron actualización ni intereses por el período en cuestión–, limitándose su derecho al porcentual correspondiente a su cargo según el régimen salarial por entonces vigente y a los intereses derivados del incumplimiento de la demandada.

–Del precedente “González Díaz, Rafael Angel” –Fallos: 331:2573–, al que la Corte remite–.

PODER JUDICIAL.

Los créditos originados en el decreto 1770/91 se encuentran sometidos a la ley 25.344 –régimen de consolidación–, criterio que no se ve alterado por el largo tiempo transcurrido desde que se han originado las obligaciones ni por su pretendido carácter alimentario, toda vez que, contrariamente a lo afirmado por la cámara, tales circunstancias no se encuentran previstas entre los supuestos de excepción que contiene el régimen de consolidación de deudas, careciendo de fundamento normativo la pretensión, toda vez que el art. 18 de la ley citada no sólo requiere que se trate de obligaciones de carácter alimentario sino que, además, exige la demostración de “circunstancias excepcionales” vinculadas con “situaciones de desamparo e indigencia”.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 394/397 la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná confirmó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, dispuso que las sumas que se adeudan a los actores –en virtud de la compensación prevista por el decreto 1770/91– se actualicen por des-

valorización monetaria desde el 1° de noviembre de 1990 hasta el 31 de marzo de 1991 más la tasa del 6% anual y, de allí en adelante, se adicionen intereses a tasa pasiva del Banco Nación con capitalización mensual hasta el momento del efectivo pago. Asimismo, declaró inaplicables al caso las leyes de consolidación de deudas 23.982 y 25.344 en atención al tiempo transcurrido desde que nacieron las obligaciones a favor de los actores y al carácter alimentario de la causa del reclamo.

– II –

Disconforme con este pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 400/409, que fue concedido en lo que atañe la aplicación de normas de carácter federal y denegado en cuanto a la arbitrariedad y la gravedad institucional planteadas (fs. 413/415), lo que motivó la presentación de la queja que tramita en expediente B. 168, L. XLIV.

En lo sustancial, sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto prescinde del texto legal aplicable sin razón alguna que lo justifique, que incurre en exceso de jurisdicción, que modifica el alcance del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Arrabal de Canals” y que declara la inaplicabilidad de normas de emergencia que revisten carácter de orden público. Asimismo, señala que se configura un supuesto de gravedad institucional en tanto la Cámara ordenó efectuar una actualización monetaria y, como consecuencia de ello, deberá pagar al personal del Poder Judicial una suma mucho más elevada de la que pagó a los magistrados por la misma causa y se estarían repotenciando importes no deteriorados soslayando la prohibición dispuesta por la ley 23.928.

– III –

Considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues, si bien es un principio asentado que las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el art. 14 de la ley 48, ello admite excepciones cuando lo decidido pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior (Fallos: 323:3909 y sus citas), extremo que, en mi concepto, se verifica en autos toda vez que el apelante no tiene otra oportunidad de replantear sus agravios (cfr. arg. Fallos: 319:1101; 324:826). Asimismo,

debe tenerse presente que se encuentra en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión recaída ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Por lo demás, al haber interpuesto la demandada la correspondiente queja ante la denegación de los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia y en la existencia de gravedad institucional (v. Expte. B. 168, L. XLIV), estimo que corresponde el tratamiento conjunto de ambos aspectos toda vez que se hallan inescindiblemente vinculados.

– IV –

En cuanto al reajuste monetario ordenado por la Cámara, estimo que resultan aplicables al *sub lite* las consideraciones efectuadas al respecto por V.E. en la sentencia del 18 de noviembre de 2008, *in re* G. 482, L. XLIII, “González Díaz, Rafael Angel y otros c/ Estado Nacional (Mº de Justicia) – dto. 1770/91 – s/ empleo público”, a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por otra parte, con relación a los agravios referidos a que los créditos de autos quedan comprendidos en el régimen de consolidación de deudas, cabe recordar que el decreto 1770/91 reconoció a todos los magistrados nacionales y funcionarios de jerarquía equivalente, que se hubieran desempeñado como tales entre el 1º de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990, el pago de una suma hasta un monto que se establecería multiplicando la suma fija indicada en su art. 1º por la cantidad de meses en que prestaron servicios dentro del período señalado. Asimismo, el Alto Tribunal consideró legítima la pretensión de los actores tendiente a obtener el cobro de la proporción que les correspondía de conformidad con lo dispuesto por la ley 22.969, sobre los pagos instrumentados por el decreto 1770/91 (Fallos: 329:2361), teniendo en consideración que dichos pagos formaron parte de una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente esa problemática y, por ello, no circunscribió su alcance a los beneficiarios directos de la intangibilidad salarial garantizada por la Constitución Nacional.

En tales condiciones, al tratarse de créditos a cargo del Estado Nacional que encuentran su origen en el reconocimiento de diferencias salariales devengadas durante un período determinado con an-

terioridad al 1° de abril de 1991, estimo que quedan alcanzados por la consolidación dispuesta por la ley 23.982 –a lo que no obsta que el decreto 1770/91 se hubiera dictado en una fecha posterior– y que, en consecuencia, los intereses deben calcularse de conformidad con el procedimiento fijado por el art. 45 de la ley 26.078 (v. sentencia del 25 de noviembre de 2008, *in re* E. 221, L. XLI, “Edesur S.A. c/ Estado Nacional – Dirección Nacional de Bienes del Estado s/ escrituración”).

El criterio expuesto no se ve alterado por el largo tiempo transcurrido desde que se han originado las obligaciones ni por su pretendido carácter alimentario, toda vez que, contrariamente a lo afirmado por la Cámara, tales circunstancias no se encuentran previstas entre los supuestos de excepción que contiene el régimen de consolidación de deudas.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto la sentencia apelada. Buenos Aires, 2 de febrero de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Bruno, Carlos Gustavo y otros c/ Estado Nacional s/ contencioso administrativo”.

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, al confirmar parcialmente la sentencia de la instancia anterior, dispuso que las sumas adeudadas a los actores –en virtud de la compensación prevista por el decreto 1770/91– debían actualizarse por desvalorización monetaria desde el 1° de noviembre de 1990 hasta el 31 de marzo de 1991, con más la tasa del 6% anual y, desde la última fecha en adelante,

deberían liquidarse intereses a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina, con capitalización mensual hasta el momento del efectivo pago. Asimismo, declaró inaplicables al caso las leyes de consolidación de deudas 23.982 y 25.344, en atención al tiempo transcurrido desde que nacieron las obligaciones a favor de los actores y al carácter alimentario de la causa del reclamo.

2º) Que contra este pronunciamiento el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 400/409, que fue concedido en lo que atañe a la aplicación de normas de carácter federal y denegado en cuanto a la arbitrariedad y la gravedad institucional planteadas (fs. 413/415), lo que motivó la presentación del recurso de queja que tramita en el expediente B.168.XLIV.

En lo sustancial, el recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto prescinde del texto legal aplicable sin razón alguna que lo justifique; que incurre en exceso de jurisdicción; que modifica el alcance del fallo dictado por esta Corte en el caso “Arrabal de Canals” (Fallos: 329:2361) y que declara la inaplicabilidad de normas de emergencia que revisten carácter de orden público. Asimismo, señala que se configura un supuesto de gravedad institucional en tanto la cámara ordenó efectuar una actualización monetaria y, como consecuencia de ello, deberá pagar al personal del Poder Judicial una suma mucho más elevada de la que pagó a los magistrados por la misma causa, a la vez que se estarían repotenciando importes no deteriorados soslayando la prohibición dispuesta por la ley 23.928.

3º) Que el recurso resulta formalmente admisible, toda vez que en el pleito se ha cuestionado la inteligencia de normas federales (el decreto 1770/91 y las leyes de consolidación 23.982 y 25.344) y la decisión de la alzada ha sido adversa al derecho que el apelante funda en dichas normas. Por otra parte, si bien –como regla– las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ese principio cuando lo decidido pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior, extremo que se verifica si el *a quo* excluyó el crédito de un régimen de consolidación legal (Fallos: 328:905; 329:21, 463, 1040; 330:4936, 3758, 3002). Finalmente, en el caso corresponde examinar en forma conjunta las causales de arbitrariedad invocadas en la medida en que se vinculan, de modo inescindible, con la alegada errónea inteligencia de las disposiciones federales en cuestión (Fallos: 323:2519; 327:5640; 328:2004; entre otros).

4°) Que con respecto al reajuste monetario ordenado por la alzada, resultan aplicables al *sub lite* las consideraciones efectuadas por el Tribunal en la causa “González Díaz, Rafael Angel y otros c/ Estado Nacional (M° de Justicia) –dto. 1770/91–” (Fallos: 331:2573), a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad.

5°) Que, en lo atinente al régimen de consolidación, esta Corte se ha pronunciado en el sentido de que los créditos originados en el decreto 1770/91 se encuentran sometidos a la ley 25.344 (cf. causa S.184. XLIV “Sedelli, Enrique y otros c/ Estado Nacional (M° de Justicia) –dto. 1770/91– s/ empleo público” –sentencia de la fecha–). El criterio expuesto no se ve alterado por el largo tiempo transcurrido desde que se han originado las obligaciones ni por su pretendido carácter alimentario, toda vez que, contrariamente a lo afirmado por la cámara, tales circunstancias no se encuentran previstas entre los supuestos de excepción que contiene el régimen de consolidación de deudas. Tal pretensión carece de fundamento normativo (Fallos: 330:3002, 4199, 5224, 5272; 331:1387), toda vez que el art. 18 de la ley 25.344 no sólo requiere que se trate de obligaciones de carácter alimentario sino que, además, exige la demostración de “circunstancias excepcionales” vinculadas con “situaciones de desamparo e indigencia”, las que no fueron siquiera invocadas en el sub iudice.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Costas por su orden (art. 68, 2° párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Exímase a la recurrente de efectuarse el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, demandado en autos, representado por el Dr. Fabián Alfredo Salomón.

Recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, demandado en autos, re-

presentado por el Dr. **Eduardo Esteban Hechenleitner** y patrocinado por el Dr. **Norberto S. Bisaro**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Paraná**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Paraná, Provincia de Entre Ríos**.

MARCELO ABEL BELLUCCIA c/ SILVIA GRACIELA MICHELLI DE BRIZUELA

EMERGENCIA ECONOMICA.

Son inadmisibles los planteos atinentes a la aplicación lisa y llana de las normas sobre pesificación si se pondera que con posterioridad a su entrada en vigencia y a la luz de lo dispuesto por el art. 11 de la ley 25.561, las propias partes, en el marco de negociación previsto por la citada normativa, celebraron un acuerdo de pago en el que se apartaron de lo allí dispuesto y establecieron el modo en que debía cancelarse la deuda que no difiere, sustancialmente, del admitido por la alzada, por lo que no se advierten motivos para modificar la decisión apelada en cuanto a la moneda de pago.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Belluccia, Marcelo Abel c/ Michelli de Brizuela, Silvia Graciela s/ ejecución hipotecaria”.

Considerando:

1º) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al hacer mérito del convenio de pago en dólares suscripto por las partes con posterioridad al dictado de las normas sobre emergencia económica, confirmó la decisión de primera instancia que había decla-

rado inaplicable al caso dicha normativa, mandado llevar adelante la ejecución en la moneda pactada, más un interés del 6% anual, y había declarado inaplicables las leyes sobre refinanciación hipotecaria.

2º) Que contra dicho pronunciamiento la deudora, que cuenta con un mutuo declarado elegible, dedujo recurso extraordinario que fue concedido a fs. 426, cuya consideración fue diferida por esta Corte hasta tanto se resolvieran las cuestiones vinculadas con la ley 26.167 (fs. 431).

3º) Que en tales condiciones, la cámara señaló que sin perjuicio de lo que se decidiera respecto de la moneda de pago y de que era criterio del tribunal que la citada ley 26.167 era inaplicable cuando existía sentencia sobre la moneda de pago, a la luz de lo decidido por la Corte Suprema en la causa “Grillo”, dispuso que el juez de primera instancia fijara un plazo, no mayor a 30 días, para que la deudora manifestara si optaba por cancelar el crédito con la ayuda del agente fiduciario –y en su caso en los términos de la ley 26.497– a los efectos de que se cumplieran los demás actos previstos en la ley 26.167 para hacer efectiva la sentencia y el pago al acreedor. Dicha decisión se encuentra firme (fs. 462/463, 464 y 465).

4º) Que los planteos atinentes a la aplicación lisa y llana de las normas sobre pesificación, resultan inadmisibles si se pondera que con posterioridad a su entrada en vigencia y a la luz de lo dispuesto por el art. 11 de la ley 25.561, las propias partes, en el marco de negociación previsto por la citada normativa, celebraron un acuerdo de pago en el que se apartaron de lo allí dispuesto y establecieron el modo en que debía cancelarse la deuda que no difiere, sustancialmente, del admitido por la alzada, por lo que no se advierten motivos para modificar la decisión apelada en cuanto a la moneda de pago (fs. 2/15 y 17).

5º) Que resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal respecto de los planteos atinentes a la inaplicabilidad al caso del régimen de refinanciación hipotecaria previsto por la ley 25.798, pues ambas partes han consentido la sentencia de cámara que, al resolver sobre la aplicación de la ley 26.167, admitió la posibilidad de que la deudora, que cuenta con un mutuo declarado elegible, pudiera cancelar la deuda con la ayuda del agente fiduciario, decisión en la que se hizo mérito de lo resuelto por el Tribunal en el precedente “Grillo” (Fallos: 330:2902) y en lo dispuesto por la ley 26.497.

Por ello, resultando inoficioso que dictamine el señor Procurador General, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvanse las actuaciones.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Silvia Graciela Michelli, demandada en autos**, representada por el Dr. **Avelino Oscar Borelli**.

Traslado contestado por **Marcelo Abel Belluccia**, representado por la Dra. **Norma Emilia Proto**.

Tribunal de origen: **Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 6**.

CENTRAL COSTANERA S.A. c/ ENTE NACIONAL DE REGULACION DE
ELECTRICIDAD RESOL. 5, 6, 10, 29/93 Y 109/04

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Corresponde revocar la sentencia que intimó a los organismos que deben restituir a la actora los honorarios pagados para que los cancelen en efectivo pues tales creencias se encuentran alcanzadas por la ley de consolidación 25.344 al reunir los requisitos establecidos a dicho efecto, es decir, son de causa o título anterior al 31 de diciembre de 2001, consisten en dar una suma de dinero, se hallan a cargo del Estado Nacional y no están contemplados entre las excepciones previstas por aquél régimen, que no introduce distinción alguna en cuanto al origen de los fondos.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Corresponde confirmar la sentencia que ordenó a los organismos demandados la devolución de lo abonado por la actora a los peritos en concepto de honorarios disponiendo que el reintegro debía realizarse en efectivo, ya que el principio de igualdad reconocido por la ley quedaría desconocido si se exigiese a la actora, que pagó en efectivo la deuda a cargo de la demandada porque no pudo hacerlo en bonos, tener por cancelado su crédito en títulos de la deuda pública consolidada (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dispuso que la actora Central Costanera S.A. depositara el importe correspondiente al 50% de los honorarios regulados en autos a los peritos ingeniero y licenciado en economía, que se encontraban a cargo de la parte contraria en razón de que las costas fueron impuestas en el orden causado, de conformidad con lo establecido por el art. 77 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (v. fs. 994 y 1065).

Ante el reclamo de la actora tendiente a obtener la restitución de lo abonado en efectivo a cada uno de los expertos, más los intereses que correspondan desde la fecha en que realizó los depósitos, el tribunal ordenó a fs. 1106/1107 al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE, en adelante) y a la Secretaría de Energía la devolución de los importes (\$ 25.000 al licenciado en economía y \$ 5.000 al ingeniero electricista). Asimismo, sostuvo que el crédito que se ha generado a favor de la actora no se halla alcanzado por el régimen de consolidación, pues al haber depositado en efectivo los importes en cuestión (art. 77, *in fine*, del Código Procesal), no resulta razonable que cuando ella pretende ejercer su derecho al reintegro se considere que su deuda se encuentra consolidada y se la obligue, en consecuencia, a realizar el trámite previsto por el decreto 1116/00.

– II –

Disconforme con lo resuelto, tanto la Secretaría de Energía como el ENRE interpusieron sendos recursos extraordinarios a fs. 1111/1124 y 1144/1148, respectivamente, los cuales fueron concedidos a fs. 1162 en lo que se refiere a la aplicación de las leyes 25.344 y 25.725.

En lo sustancial, ambas partes se agravan porque consideran que el tribunal debió disponer, de acuerdo a lo solicitado, la consolidación del importe que deben restituir a la actora por los honorarios regulados a los peritos y abonados en virtud de que las costas fueron impuestas en el orden causado. Al respecto, señalan que al tratarse de honorarios

regulados por trabajos realizados con anterioridad a la fecha de corte fijada por las leyes aludidas, su aplicación resulta insoslayable por tratarse de normas que revisten carácter de orden público.

En este sentido, aducen que la actora, al pagar los emolumentos de los peritos se ha subrogado en los derechos de éstos (art. 771 del Código Civil), quedando sujeta a los mismos plazos y condiciones legales que afectaban dichos créditos, sin que pueda otorgarse a la actora un mejor derecho que el que asistía a los acreedores originarios, ni dársele un tratamiento distinto del que establece el capítulo V de la ley 25.344, de cuyas disposiciones les resulta imposible apartarse a los efectos de cancelar las acreencias.

– III –

Considero que los recursos extraordinarios son formalmente admisibles pues, si bien es un principio asentado que las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el art. 14 de la ley 48, ello admite excepciones cuando lo decidido pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior (Fallos: 323:3909 y sus citas). También debe tenerse presente que en el *sub lite* se discute la aplicación e interpretación de normas de carácter federal y la decisión recaída ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, estimo que asiste razón a los recurrentes en cuanto a que la sentencia del *a quo*, al ordenar el pago en efectivo de los honorarios debidos a los expertos, se apartó del régimen de consolidación de deudas y de las disposiciones que regulan en forma expresa el procedimiento de cancelación de los créditos en efectivo, sin otorgar una fundamentación suficiente para decidir de ese modo.

Al respecto, cabe recordar que el art. 13 de la ley 25.344 dispone que se consolidan en el Estado Nacional –con los alcances y en la forma dispuesta por la ley 23.982– las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 31 de diciembre de 2001, que consistan o se resuelvan en el pago de sumas de dinero (fecha de corte fijada por el art. 58 de la ley 25.725). Como consecuencia de la novación que se produce, sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación que la misma ley establece:

exigir el pago en efectivo, en los plazos fijados por la ley o la entrega de los bonos que correspondan (arts. 14 y 15 de la ley 25.344 y 10 del decreto reglamentario 1116/00).

Habida cuenta de las disposiciones citadas, entiendo que no resulta ajustada a derecho la intimación del tribunal para que los organismos que deben restituir a la actora los honorarios pagados los cancelen en efectivo, pues tales acreencias se encuentran alcanzadas por la ley de consolidación antes mencionada al reunir los requisitos establecidos a dicho efecto, vale decir, son de causa o título anterior al 31 de diciembre de 2001, consisten en dar una suma de dinero, se hallan a cargo del Estado Nacional y no están contempladas entre las excepciones previstas por aquel régimen que –en lo que al caso interesa– no introduce distinción alguna en cuanto al origen de los fondos. Cabe recordar aquí que las excepciones a los principios generales de la ley, obra exclusiva del legislador, no pueden crearse por inducciones o extenderse por interpretación a casos no expresados en la disposición excepcional (v. sentencia del 14 de agosto de 2007, *in re* C. 1324, L. XL, “Casas, Anastasio Marcelino c/ Dirección General Impositiva”).

De conformidad con la solución que aquí se propugna, estimo que un pronunciamiento respecto de los agravios vinculados al modo en que deben liquidarse los intereses se torna inoficioso.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto la sentencia apelada. Buenos Aires, 23 de abril de 2008. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Central Costanera S.A. c/ Ente Nacional de Regulación de Electricidad resol. 5, 6, 10, 29/93 y 109/04”.

Considerando:

Que este Tribunal comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir.

Que a lo allí expuesto corresponde agregar que, en los términos del art. 13 de la ley 25.344, la causa o título de la obligación de las recurrentes de abonarle a la parte contraria en el juicio los honorarios por ella pagados a un perito, sobre la base de la responsabilidad solidaria de las partes respecto de los honorarios periciales establecida en el art. 77 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es la actuación profesional. En consecuencia, y toda vez que en autos se persigue la repetición de lo abonado en concepto de honorarios correspondientes a trabajos realizados con anterioridad al 1º de enero del 2000, no cabe sino concluir en que el crédito se encuentra alcanzado por el régimen de consolidación establecido en la ley 25.344.

Por ello, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ordenó al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y a la Secretaría de Energía la devolución de lo abonado por Central Costanera S.A. a los peritos ingeniero y licenciado en economía, en concepto de honorarios. Asimismo, dispuso que el reintegro debía realizarse en efectivo toda vez que el crédito se encontraba excluido del régimen de consolidación de deudas del Estado Nacional.

La actora había pagado el 50% de la parte de los honorarios de los peritos que se encontraban a cargo de la contraria, en razón de que las costas fueron impuestas en el orden causado, y de conformidad con lo establecido por el art. 77 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Para decidir de ese modo, la cámara consideró que Central Costanera S.A. había depositado en efectivo los importes en cuestión y que no resultaba razonable, ni se presentaba como una decisión justa, que cuando aquélla pretendía ejercer su derecho al reintegro se interprete que la deuda se encontraba consolidada.

Contra esa decisión, la Secretaría de Energía y el ENRE interpusieron los recursos extraordinarios obrantes a fs. 1111/1124 y 1144/1148, respectivamente.

2º) Que los recursos interpuestos resultan formalmente admisibles, en la medida en que se encuentra en juego la interpretación y aplicación de las leyes 25.344 y 25.725, ambas de naturaleza federal, y la decisión ha sido contraria a las pretensiones de los apelantes (art. 14, inciso 3, de la ley 48).

3º) Que, sentado lo expuesto, corresponde determinar si la actora tiene derecho a obtener el reintegro en efectivo o debe someterse al régimen previsto en las mencionadas leyes de consolidación.

Esta Corte tiene dicho que el art. 1º de la ley 23.982, a cuyos términos remite la ley 25.344, faculta al acreedor cuyos créditos queden sometidos al régimen de consolidación, a liberarse de sus deudas con relación a los peritos mediante la cesión por su valor nominal de los derechos emergentes de la ley. Y que de este modo, la norma ha tenido en mira la preservación de dos principios que hacen a la esencia del régimen: la igualdad de las partes frente a un acreedor común, y evitar que se instituya una categoría de acreedores privilegiados que perciban sus retribuciones al margen del sistema de consolidación “Aslana SAIC c/ Estado Nacional” (Fallos: 318:250).

En este caso, sin embargo, Central Costanera S.A. no contaba con bonos a su favor para saldar la deuda con ese medio de pago. El pago que originalmente hizo de los honorarios fue hecho en efectivo porque de la sentencia no surgió un crédito a su favor que quedara sometido al régimen de la consolidación, y por eso, la actora no pudo ejercer la facultad de liberarse de sus deudas con relación a los peritos me-

dianate la cesión por su valor nominal de los derechos emergentes de la ley (art. 1º, ley 23.982). En tales condiciones, ante la intimación del Tribunal en los términos del art. 77 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Central Costanera S.A. no tenía forma de cancelar la obligación a cargo de la demandada en bonos de la deuda pública consolidada, lo cual la hubiese puesto en situación de igualdad con su contraparte.

4º) Que, en una situación que guarda sustancial analogía con la que aquí se discute, esta Corte ha concluido que la actora tenía derecho a obtener el reintegro en efectivo y su crédito quedaba excluido de la consolidación porque, lo contrario, generaría una desigualdad inaceptable.

Concretamente, la sentencia recaída en “Argentina Televisora Color LS 82 Canal 7 –Canal 7– c/ Misiones, Provincia de” (Fallos: 323:5), se discutía si la Provincia de Misiones –condenada en costas– podía reintegrar lo desembolsado por la actora en concepto de tasa de justicia, en bonos de la deuda pública provincial. Este Tribunal tuvo en cuenta que el pago de la tasa correspondiente al servicio de justicia dado por la Nación no puede afrontarse con bonos de la deuda pública de los estados provinciales, pues la ley 23.982 no los reconoce como medios de pago para ese fin. En tales condiciones, sostuvo que desconocer “el derecho de la actora a obtener el reintegro requerido en la misma especie en que efectuó el pago originario, generaría una situación discriminatoria y particularmente arbitraria que violentaría las reglas estructurales del régimen de consolidación de la deuda pública nacional –ley 23.982–” (ver considerando 5º).

5º) Que, a partir de lo expuesto, cabe concluir que no asiste razón a las recurrentes en cuanto alegan que el reintegro reclamado se encuentra alcanzado por el régimen de consolidación de deudas del Estado Nacional. Ello es así, pues el principio de igualdad reconocido por la ley, quedaría desconocido si se exigiese a la actora, que pagó en efectivo la deuda a cargo de la demandada porque no pudo hacerlo en bonos, tener por cancelado su crédito en títulos de la deuda pública consolidada.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recursos extraordinarios interpuestos por **el Ente Nacional Regulador de la Energía (ENRE), demandada en autos**, representado por el Dr. **Miguel Angel Ferrera, en calidad de apoderado**, con el patrocinio del Dr. **Mariano I. García Cuerva y por el Estado Nacional, Ministerio de Economía**, representado por la Dra. **Myriam Gladys Fernández**.

Traslado contestado por **Central Costanera S.A., actora en autos**, representada por la Dra. **María Inés Corrá**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III**.

JOSE CARLOS FOGILINO, JOSE ALVIS WETTSTEIN Y OTROS
c/ CAMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DEL CHACO

MOVILIDAD.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que desestimó el planteo atinente a que se reconozca la movilidad de los haberes de los actores –determinados al otorgarse el retiro voluntario– mediante el cómputo de los incrementos producidos y, especialmente, del adicional por antigüedad, de acuerdo a lo previsto en el art. 5° de la ley 4923 de la Provincia del Chaco, si prescindió de aplicar la solución normativa prevista para el caso en tanto no interpretó que la antigüedad a computarse debía circunscribirse a la considerada al momento de la solicitud del retiro voluntario no obstante que, durante el período inmediato anterior, dicho rubro había estado suspendido por una ley que más tarde fue derogada, lo cual aparejó el apartamiento de la directiva de movilidad establecida en la norma mencionada.

–Los Dres. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Chaco admitió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad deducido por los actores contra el fallo de la Cámara en lo Contencioso Administrativo local, e hizo lugar a la asignación otorgada por las resoluciones

Nº 758/04, 759/04 y 763/04, cuyo reconocimiento por el juez de mérito no había sido cuestionado. Descartó los restantes agravios, en orden al adicional por antigüedad, por falta de sustento dada la ausencia de prestación de servicios y de analogía entre la situación del personal activo, pasivo y en retiro voluntario de la Legislatura provincial (cfse. fs. 239/254 y 310/316).

Contra esa decisión la actora dedujo recurso extraordinario, que fue contestado, concedido en lo que toca al agravio inherente a la movilidad de la asignación del artículo 5º de la ley Nº 4.923, para los casos de efectiva prestación de servicios y vínculo de empleo, y denegado en lo relacionado con los honorarios y costas (fs. 322/340, 345/348 y 391/393).

Cabe añadir que, de conformidad con lo ordenado por V.E. a fs. 407, el Tribunal Superior provincial se pronunció sobre la revocatoria de la actora agregada a fojas 411/412, desechando su pretensión de que se desglose la certificación expedida por la Dirección respectiva de la Legislatura del Chaco dando cuenta del pago de los rubros objeto del recurso federal, en razón de apreciar que ni la autenticidad ni el contenido de esa prueba resultaron desconocidos (v. fs. 397 y 418/420).

A fojas 426, por su parte, V.E. confiere traslado a los apelantes para que se expidan sobre el contenido de la certificación de fojas 397, lo que fue satisfecho a fojas 428/429.

– II –

En lo que nos convoca, la accionante arguye que el fallo incurre en arbitrariedad y desconoce derechos y garantías tutelados por los artículos 16 a 19, 28, 31 y 33 de la Norma Fundamental, al denegar el incremento del rubro antigüedad reclamado por ex empleados de la Legislatura local con apoyo, entre otros preceptos, en el artículo 5º de la ley Nº 4.923.

Añade que exhibe fundamentos aparentes y contradictorios y se aparta de la solución normativa prevista para el caso, además de que desestima la admisión del rubro por el tiempo anterior al retiro, pese a que en ese lapso hubo efectiva prestación de servicios y el adicional se hallaba sólo transitoriamente suspendido por la ley Nº 4.725, luego derogada.

Denuncia, por último, que se desconoce la movilidad del haber de retiro, que se incurre en un excesivo formalismo y que, contradicto-

riamente –e ignorando, incluso, jurisprudencia del propio tribunal– se soslaya que los años por los que se reclama el “plus” suspendido fueron computados a los fines de decidir la escala de haberes y no para la bonificación por antigüedad (fs. 322/340).

– III –

Ante todo, cabe reiterar que al expedirse sobre la admisibilidad del recurso la Sentenciadora sólo lo concedió “respecto del agravio relativo a la movilidad de la asignación personal establecida en el artículo 5° de la ley N° 4.923 y modificatorias, para los supuestos donde existió efectiva prestación del servicio y vínculo laboral con alcance de derecho adquirido” (fs. 391/393). De ahí que, dado que la accionante no ha deducido queja, la jurisdicción ha quedado expedita en la medida en que el remedio ha sido concedido por el *a quo* (Fallos: 322:752, entre otros).

– IV –

Ha reiterado V.E. que la ausencia de requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su falta importa la del poder del juzgar, pues si lo reclamado no tiene objeto actual, la decisión de la Corte es inoficiosa (cfr. Fallos: 329:187; 330:5064; entre muchos otros).

En ese marco, la demandada acompaña la certificación de fojas 397, cuya incorporación a la causa adquirió firmeza en virtud de lo resuelto por el tribunal *a quo* a fojas 418/420.

Dicha parte pretende que la constancia acredita el abono del rubro por el que se concedió el recurso federal; mientras que la actora, en lo que nos ocupa, cuestiona: i) la producción unilateral del instrumento, sin audiencia previa de la interesada ni control de su autenticidad (fs. 412); ii) su emisión anómala por una funcionaria de jerarquía secundaria, sin refrenda formal de autoridad legitimada; 3) la falta de correlato contable que identifique los conceptos presuntamente pagados, y de prueba, pericial o testimonial, que así lo corrobore; y iii) la alegación tardía de la circunstancia del pago, recién en tercera instancia, lo que torna aplicable la doctrina de los actos propios en tanto que derivación del principio de buena fe (v. fs. 428).

Sentado lo anterior, advierto, en primer término, que lo debatido remite a extremos fácticos, procesales y de derecho público local, no-

toriamente extraños a la instancia extraordinaria, y propios –por norma– de los jueces del caso (Fallos: 326:2586; 327:1258; etc.); jueces que, en resolución firme, se refirieron a la autenticidad de la certificación y –repito– ordenaron su incorporación a la causa (fs. 418/420).

En segundo orden, advierto que, allende los cuestionamientos dirigidos a la constancia de fojas 397, la parte actora no niega, como lo subraya la Provincia (v. fs. 416), con la claridad y contundencia que razonablemente es menester, haber percibido los importes que motivaron la presentación de fojas 397, la que se sustenta, finalmente, en lo dispuesto por la ley N° 5.250 (cfse. arts. 1 y 2), ni, menos aun, haber redargüido de falsedad dicho instrumento.

En tales condiciones, salvo mejor criterio de V.E., quien –advierto– corrió traslado a la actora para que se expida “sobre el contenido de la certificación” (fs. 426), entiendo que la instrumental acreditaría la cancelación de lo adeudado, tornando inoficioso un fallo de V.E. sobre el mérito del recurso, sin que lo expresado importe emitir una opinión en materia de costas.

– V –

Por lo expresado, estimo que el remedio de la parte actora debe desestimarse. Buenos Aires, 26 de agosto de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Fogolino, José Carlos; Wettstein, José Alvis y otros c/ Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco s/ acción de amparo”.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, al rechazar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto,

dejó firme la sentencia de cámara que había desestimado el planteo atinente a que se reconozca la movilidad de los haberes de los actores –determinados al otorgarse el retiro voluntario– mediante el cómputo de los incrementos producidos y, especialmente, del adicional por antigüedad, de acuerdo a lo previsto en el art. 5° de la ley provincial 4923 (beneficio que quedó congelado en virtud de una norma posterior y rehabilitado tras la derogación de ésta). Contra tal pronunciamiento los demandantes dedujeron el recurso extraordinario de fs. 322/340 vta., que fue concedido solo respecto de los agravios vinculados con el cálculo de la antigüedad sin que por las restantes impugnaciones haya sido deducida la pertinente queja.

2°) Que para decidir en el sentido indicado el *a quo* convalidó el fundamento del fallo de la instancia precedente relativo a que, tras la derogación de la ley que había suspendido el incremento remuneratorio en razón de la antigüedad, la demandada debía reconocerlo y abonarlo al personal de conformidad con los años de servicio registrados por los agentes. No obstante, subrayó, que los efectos de la nueva normativa –no resultan aplicables a quienes, al momento de su dictado, habían cesado en la relación de empleo en virtud de su acogimiento al retiro voluntario–. Señaló, asimismo, que la movilidad de la asignación personal establecida en la ley 4923 y sus modificatorias no comprendía la bonificación por antigüedad, más allá de la computada al momento de la solicitud y/o de la fijación del haber de retiro. En síntesis, concluyó, que a los efectos del cálculo pertinente, solo debían tenerse en cuenta “los años cumplidos en la administración a la fecha determinada por la ley”.

3°) Que los recurrentes atribuyen arbitrariedad a la sentencia pues entienden que se aparta de lo expresamente reglado en el art. 5° de la ley local 4923.

4°) Que, si bien los agravios articulados remiten al examen de cuestiones ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48 por cuanto remiten a la aplicación e interpretación de normas de derecho público local, ello no es obstáculo para la procedencia de la apelación cuando la decisión ha prescindido de aplicar la solución normativa prevista para el caso sin dar razón plausible para ello (Fallos: 320:1492 y sus citas, 329:4213; 330:4049, entre otros). Tal situación aparece configurada en el presente, como lo advierte el propio Superior Tribunal al conceder el recurso extraordinario (fs. 391/394), en la medida en que se interpretó que la antigüedad a computarse debía circunscribirse a la considerada al momento de la solicitud del retiro

voluntario no obstante que, durante el período inmediato anterior, el rubro antigüedad había estado suspendido por una ley que más tarde fue derogada, lo cual aparejó el apartamiento de la directiva de movilidad establecida en el art. 5° de la ley 4923.

5°) Que, en las condiciones expresadas, el pronunciamiento recurrido debe ser descalificado con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias pues media en el caso el nexo directo e inmediato entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas.

Cabe señalar, por lo demás, que es del resorte de los jueces de la causa, en uso de las atribuciones que les son propias, la adopción de los recaudos que consideren necesarios para dirimir el debate suscitado tras la concesión del recurso extraordinario sobre la veracidad de las circunstancias a las que se refiere la certificación acompañada a fs. 397 —cuya agregación fue resistida por los actores a fs. 415/416 y 428/429— y su eventual incidencia en la solución final del pleito.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado, con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se lo desestima. Notifíquese, remítanse las actuaciones al tribunal de origen y archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la Dra. Valeria Lorena Pirota** en representación de la parte actora, y por el **Dr. José Hernando Pirota, por derecho propio y, a su vez, en representación de los actores.**

Traslado contestado por **la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco**, representada por los **Dres. Domingo Zamacola y Ricardo González Magaldi**, con el patrocinio letrado del **Fiscal del Estado de la Provincia.**

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.**
Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara en lo Contencioso Administrativa –Instancia Unica– Resistencia.**

ROBERTO JORGE LOCLES c/ ARTE GRAFICO EDITORIAL

LIBERTAD DE PRENSA.

Cabe revocar la decisión que condenó a la empresa editora demandada a resarcir los daños y perjuicios que le habrían provocado al actor –referida a su desempeño como auxiliar de la justicia en su condición de perito en balística– la nota periodística publicada en un diario, pues la misma no es apta para general la responsabilidad de éste y constituye una restricción a la libertad de expresión, en razón de que el actor no aportó elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en la nota o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, sino que, por el contrario, la nota contiene afirmaciones que aparecen atribuidas a diversas fuentes que resultan identificables y cuya veracidad puede comprobarse.

LIBERTAD DE PRENSA.

Cabe revocar la decisión que condenó a la empresa editora demandada a resarcir los daños y perjuicios que le habrían provocado al actor –referida a su desempeño como auxiliar de la justicia en su condición de perito en balística– la nota periodística publicada en un diario, pues el carácter difamatorio de los términos del artículo impugnado no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de un particular que interviene en una esfera de actuación pública, máxime cuando su labor se lleva a cabo en causas que tuvieron una amplia repercusión periodística (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los magistrados integrantes de la Sala “F” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en lo que interesa a los fines de este dictamen, confirmaron en lo principal lo decidido por el juez de grado, que hizo lugar a la demanda y condenó a Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., a Rogelio Juan García Lupo, y a Ernestina Laura Herrera de Noble, a pagar al actor la suma de \$ 50.000, con más los intereses que allí determinó, monto que fue modificado por los jueces de la Alzada, reduciéndolo al cantidad de \$ 25.000 (v. fs. 762/783 y 860/865).

Para así decidir, luego de reseñar la doctrina del caso “Campillay” (Fallos: 308:789) y su ampliación en pronunciamientos posteriores, señalaron que no es cierto que los datos secundarios a que aluden los apelantes –que contribuyeron para confeccionar la nota periodística cuestionada– hayan surgido de la misma fuente, esto es, del expediente administrativo sustanciado ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el cual el actor fue excluido de la lista de peritos en balística por carecer de título habilitante.

Sostuvieron que es esencial que el informador atribuya directamente la noticia a una fuente identificable, extremo que no se cumple con la invocación genérica de opiniones de terceros o del periodista, sin aportar datos sobre las causas judiciales que habrían sido analizadas en la investigación.

Justificaron la tesitura adoptada por el juez de grado, por cuanto –dijeron– quién proporcionó la información debe acreditar, cuando menos, los elementos de juicio que tuvo en cuenta para entender que lo que decía era verdadero; pues, si bien no se puede exigir que antes de la información el medio periodístico verifique la verdad absoluta de ella, sí es necesario que pueda probar que trató de hacerlo de manera diligente y razonable.

En definitiva –prosiguieron– la circunstancia de que el actor fuera excluido de la lista de peritos, no justifica ni respalda el tenor de

algunas de las frases contenidas en la crónica, que a continuación transcribieron y sobre las que volveré más adelante.

Advirtieron que no es cierto que el inferior hubiese fundado la crítica a los accionados en base al sistema de responsabilidad objetiva pues, al establecerla, tuvo por acreditada su culpa en función de los adjetivos calificativos utilizados en la nota respecto de la persona del actor y fundó la misma en la normativa contenida en el artículo 1109 del Código Civil.

La omisión de individualizar la fuente, las personas y causas que pudieran haber dado origen a la crónica publicada –añadieron–, impedían que el actor pudiera desvirtuar las imputaciones allí contenidas.

Por otra parte, respecto al reproche de que el juzgador no hizo aplicación de la doctrina de la real malicia, replicaron que el juez de grado para arribar a esa decisión efectuó una serie de precisas y fundadas consideraciones que los apelantes ni siquiera intentaron rebatir, por lo que no observaron la directiva contenida en el artículo 265 del Código Procesal. Consideraron que la sola transcripción de un precedente judicial a los fines de avalar la aplicación de tal doctrina, sin explicitar las razones ni los errores en que habría incurrido el juzgador, así como la mera afirmación dogmática del supuesto interés público de la noticia, conducen a declarar la deserción del recurso en este aspecto.

Contra este pronunciamiento los demandados interpusieron el recurso extraordinario de fs. 870/878, que fue concedido a fs. 887 y vta.

– II –

Afirman que la sentencia contiene un factor de atribución de carácter objetivo. Citan antecedentes de V.E. y reprochan que, contrariando su doctrina, se los haya condenado por la publicación misma, por reproducir documentos e información otorgada por fuentes judiciales como es la Cámara Nacional de Apelaciones, castigando el ejercicio mismo de la libertad de prensa.

Alegan que la Alzada ha fundado parte de su sentencia en un incorrecto y parcial análisis de la prueba realizada en autos, pues quedó acreditado que: el actor fue excluido de la lista de peritos por carecer de título habilitante; fue sospechado por sus pares; fue sancionado por

un juez a raíz de su proceder amañado y sus conclusiones irresponsables con una intervención delictiva; tuvo un pedido de captura por el Juzgado de Instrucción N° 14; y que se le prohibió salir del país, con prisión preventiva dictada en su contra por el delito de defraudación. Se quejan de que los juzgadores hayan entendido que estos antecedentes son irrelevantes y no guardan relación con la publicación.

Aducen que han realizado una correcta y suficiente identificación de la fuente de información y han atribuido los dichos impugnados a tales fuentes. Aseveran que la rigurosa aplicación de la doctrina “Campillay” fue luego atenuada por el Máximo Tribunal, a partir de los casos “Triacca c/ Diario La Razón” y “Granada c/ Diarios y Noticias”.

Se agravian de que los sentenciadores hayan entendido que tanto el periodista como el medio “no obraron de manera diligente” sin dar mayores precisiones al respecto. Expresan que así, se apartaron de la actual jurisprudencia del Tribunal que exige una prueba categórica del dolo o la culpa de los medios de prensa en la publicidad de informaciones potencialmente dañosas.

La sentencia –prosiguen– no suministra ningún fundamento subjetivo de la lesión al honor del actor, instituyendo una responsabilidad de tipo objetivo, ya que lo publicado no tuvo grado de culpa ni significó invadir un área reservada a la persona, sino que constituyó una investigación periodística, de interés público, por tratarse de un asunto que reviste tal carácter, como fue la muerte de Carlos Menem (h).

Con relación a la doctrina de la real malicia, señalan que la misma exige que la condena al periodista se funde en la prueba a cargo del actor de que las informaciones se publicaron con conocimiento de que eran falsas. Advierten que los Ministros de la Corte, en los precedentes en que aplicaron esta doctrina, determinaron su alcance, tratándose de funcionarios públicos o personas privadas involucradas en cuestiones públicas. En el caso de autos, concluyen, el autor de la nota no actuó a sabiendas de la inexactitud de lo informado y por ello la doctrina invocada resulta plenamente aplicable.

– III –

Estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del artículo 14, inciso 3°, de la ley 48, toda

vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende invocar en aquéllas (Fallos: 308:789; 317:1448; 319:3428; 321:2637 y 3170, entre otros). Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, así como en la interpretación de la doctrina de V.E., pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha coxneidad entre sí (conf. Fallos: 325:50; 326:4931; 327:943, 3536, entre muchos otros).

– IV –

Surge de la reseña que antecede que, en primer lugar, los jueces de Cámara examinaron la cuestión a decidir a la luz de la doctrina del caso “Campillay” (Fallos: 308:789), en orden al requisito para liberar de responsabilidad al medio de prensa de atribución de la noticia a una fuente, exigencia que, según los sentenciadores, no se ha cumplido en autos, dada la exposición genérica de opiniones de terceros o del periodista, sin aportar datos sobre las causas que habrían sido analizadas en la investigación.

En segundo lugar, declararon desierto el recurso de apelación ordinaria en lo relativo a la invocación de la doctrina de la “real malicia”, por considerar que no fueron explicados los errores en que habría incurrido el juzgador al respecto, y entender que el interés público de la noticia, era sólo una afirmación dogmática de los recurrentes.

– V –

Con respecto al primer argumento, los sentenciadores destacaron que no se justifica el tenor de algunas frases incluidas en la nota, como: “sus informes **favorecieron** a decenas de policías procesados por homicidios...”; “unos cincuenta efectivos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, procesados por homicidios y en casos de ‘gatillo fácil’, **lograron eludir** las sentencias de prisión **gracias** a las pericias balísticas de Capitán (R) Roberto Jorge Locles”; “...la firma de Locles apareció en dictámenes que **pusieron a salvo** de condenas a oficiales y suboficiales de la Policía Bonaerense”; “**contribuyó a complicar** la investigación del ataque contra varios periodistas cometido por Diego Maradona, que se sustancia en los Tribunales de Mercedes...”; “Locles

tiene **más curriculum que vitae**, fue el comentario de uno de los peritos consultados por este diario...”; “...También la firma del capitán Locles **ayudó** al oficial de la Bonaerense a quién se imputó el asesinato de un adolescente en el estadio del club Independiente de Avellaneda...” (los destacados corresponden a la sentencia: v. fs. 862 vta.).

Cabe señalar aquí que si bien vistos, en rigor, los antecedentes del caso, algunas de las frases precedentemente transcritas no aparecen atribuidas a una fuente precisa, no puedo dejar de señalar que, en la crónica —que en fotocopia corre agregada a fs. 37— se han proporcionado ciertos indicios verosímiles sobre su procedencia. Así, en cuanto a la imputación de favores a la policía, la noticia expone que en más de una ocasión merecieron graves reparos de los magistrados y cita el caso del Juez Juan Carlos Sorondo, a cargo del Juzgado en lo Criminal de San Martín, brindando detalles sobre las apreciaciones de dicho Juez sobre el peritaje, que le valieron una sanción al actor. También, al referirse al oficial imputado del asesinato de un adolescente en el estadio del club Independiente de Avellaneda, remite a un recuadro en la misma página titulado “La causa de Scasserra”, en el que refiere algunos pormenores del caso, cita la sentencia de la Corte relativa a la indemnización a los padres de la víctima y relata brevemente la evolución de la causa penal hasta el momento de la noticia. Cuando menciona el ataque de Maradona a periodistas, indica que la investigación se sustancia en los tribunales de Mercedes. Y finalmente, con respecto al comentario de “uno de los peritos consultados por el diario”, puede inferirse de lo expuesto con anterioridad en la misma nota, que se trata de uno de los expertos que figura en el listado de peritos judiciales, en la categoría “profesión balísticos”, reconocida oficialmente por la Cámara y en la que aparecen solamente tres profesionales. Y más adelante expone que los peritos balísticos graduados quitaron seriedad a las contribuciones científicas del capitán a la balística mundial (el subrayado me pertenece).

En ese contexto particular la nota mencionada no podría —como ocurrió— ser analizada fragmentadamente. Por el contrario, en marco en el que fueron escritas eran básicamente identificables sus orígenes. Por ello no resultan suficientemente sólidos los argumentos de los magistrados de la Alzada en cuanto a que se carece de toda prueba sobre la veracidad de las imputaciones que subyacen en la crónica, al extremo de concluir —a mi ver, con excesiva severidad y sin fundamentos suficientes— que ello implicó haber ejercido de manera imprudente el derecho de informar (v. fs. 862 vta., último párrafo).

– VI –

Sin embargo, cabe destacar aquí que, no son los razonamientos que anteceden el principal sustento del presente dictamen, sino que coadyuvan a la solución que seguidamente propongo, sobre la base de la aplicación al caso de la doctrina de la “real malicia”.

Al respecto corresponde desestimar en primer término, la declaración por los juzgadores de la deserción del recurso en este aspecto, toda vez que la doctrina aludida fue invocada por los apelantes desde la contestación de la demanda (v. fs. 53/54), y mantenida en la apelación ordinaria y en esta extraordinaria, en términos suficientes para constituir la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas, según lo exige el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, los recurrentes, luego de invocar precedentes del Tribunal en los que dicha doctrina fue acogida, reseñaron el contenido de la misma al transcribir un fragmento de uno de los fallos allí citados, arguyendo que resulta de aplicación al caso de autos, “...máxime teniendo en cuenta el evidente e irrefutable *interés público* de las noticias impugnadas en autos, *carácter que el sentenciante niega arbitrariamente...*” (por entender que la temática del crimen de Carlos Menem (h) no fue de relevante interés público), pero que su parte una vez más alegó apelando a la sana crítica de los juzgadores (v. fs. 832 vta./833 lo destacado en cursiva me pertenece).

A mi ver, los términos referidos, constituyen –insisto– una crítica suficiente para merecer su tratamiento por la Cámara y su examen en esta elevada instancia, en atención, especialmente, a la reiterada jurisprudencia de V.E. que ha establecido que corresponde hacer excepción a la regla según la cual las resoluciones que declaran desierto el recurso ante el tribunal de alzada no son, en razón de su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48, cuando lo decidido revela un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de defensa en juicio (v. doctrina de Fallos: 311:2193; 324:176; 326:1382, entre muchos otros).

Estimo por otra parte, que la noticia revistió indudable interés público, no solamente por su relación con la investigación de la muerte de Carlos Menem (h), sino también por su alusión a causas en las que se encontraban implicados miembros de la Policía Bonaerense y porque la persona involucrada en la publicación fue, hasta su inhabilitación

por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, un auxiliar de la justicia que intervino en investigaciones dentro de procesos que concitaron el interés de la población por sus connotaciones, como fue, por ejemplo, el del asesinato del periodista José Luís Cabezas (v. fotocopia nota de fs. 35, no desmentido por el actor).

Ello establecido, debo recordar que, como se expuso en las causas: S.C. P. 2297, L. XL, “Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, dictaminada por el Señor Procurador General el día 11 de abril de 2007, y S.C. B. 2522, L. XLI, “Brugo, Jorge Angel c/ Lanata Jorge y otros” dictaminada el día 22 de mayo de 2007, el estándar jurisprudencial de la “real malicia” es una ponderación de los intereses en conflicto que se aparta, por razones de diseño constitucional, de las reglas corrientes del derecho de daños. Esta ponderación, a la cual V.E. ha contribuido a establecer mediante precedentes como los de Fallos: 310:508; 314:1517; 319:3428; entre muchos otros, consiste en otorgar un mayor valor al aseguramiento de la libertad de expresión futura que a una eventual lesión al honor. Allí se ha sostenido que, las reglas del derecho civil de daños no se aplican, aunque haya existido un daño efectivo al honor, si esa aplicación puede perjudicar, por implicar un incentivo económico negativo, el margen del ejercicio futuro de la libertad de prensa. Cabe precisar, como allí se hizo que la lesión al honor que emana de una aseveración de hechos falsos, cuando se trata de funcionarios públicos, figuras públicas, o particulares que hubieren intervenido en cuestiones de interés público, sólo genera el deber de indemnizar en el especialísimo caso en que haya sido llevada a cabo con real malicia, es decir, con conocimiento de la falsedad o al menos con una desconsideración temeraria acerca de su posible falsedad. En todo otro caso, aún en presencia de una aseveración lesiva del honor, decaen las reglas corrientes de la responsabilidad civil, y no existe un deber de indemnizar.

Cabe añadir, asimismo que V.E. ha sostenido que las opiniones sobre cuestiones públicas no pueden ser limitadas casi de ninguna manera. La crítica acerca de hechos cuya existencia no es en principio disputada no genera el deber de reparar. Basta con recordar al respecto lo establecido en Fallos: 321:2637 en el sentido que las críticas al ejercicio de la función pública “no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes”, pero siempre y cuando “se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno” (con cita de Fallos: 308:789; 269:200).

En atención a lo expuesto, al examinar los fundamentos de la sentencia cabe reflexionar que, si el *a quo* consideraba que habían existido afirmaciones sobre hechos no ajustadas a la realidad, debió justamente apartarse de las reglas ordinarias de la responsabilidad civil y aplicar la doctrina de la real malicia. Ello implicaba necesariamente la averiguación e investigación sobre la subjetividad de los autores en el marco del cruzamiento de antecedentes fácticos y opiniones, aspectos dejados de lado por los sentenciadores, lo cual lleva necesariamente a la conclusión de que las reglas establecidas por V.E. acerca del alcance constitucional de las libertades de prensa y expresión no han sido seguidas, inobservancia que descalifica a la sentencia.

Dicho de otro modo, aunque resulte reiterativo, cabe insistir en que la aplicación de la “real malicia” depende de la comprobación de circunstancias de hecho. Estas circunstancias consisten en la existencia de un elemento subjetivo de conocimiento o al menos despreocupación respecto a la falsedad de los hechos. Si bien estos presupuestos fácticos son materia, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, no es menos cierto que su prueba está en cabeza del demandante, y no surge de las constancias del expediente que se haya verificado la demostración de alguno de estos antecedentes. Por lo demás, como se anticipó en el apartado V, último párrafo, las circunstancias del caso no indican que pudiera resultar verosímil que la publicación cuestionada haya sido hecha con conocimiento o despreocupación acerca de su inexactitud.

– VII –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 8 de abril de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Locles, Roberto Jorge c/ Arte Gráfico Editorial”.

Considerando:

1º) Que Roberto Jorge Locles promovió demanda contra Arte Gráfico Editorial S.A. en su condición de empresa editora del diario Clarín, contra la directora del referido diario, Ernestina Herrera de Noble, y contra el jefe de redacción, Rogelio Juan García Lupo, con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños y perjuicios que le habrían provocado las notas periodísticas publicadas en el referido diario los días 29 de diciembre de 1997, titulada “la justicia inhabilitó al perito de Zulema Yoma”, y 4 de enero de 1998, titulada “los dudosos peritajes de Locles” (fs. 7/12 vta.).

Alegó que tales notas formaron parte de una campaña de desprestigio en su contra, que afectaron su tarea como perito en balística y que le produjeron serios perjuicios económicos y morales. Señaló, asimismo, que en dichas notas se expuso su falta de idoneidad mediante informaciones fragmentadas y sacadas de su contexto, “las que en conjunto dan la apariencia de veracidad que no contienen”. Dijo, concretamente, que en esas notas se afirmó que él carecía de título profesional en la especialidad (balística), que se había iniciado una querrela en su contra, que sus informes habían favorecido a decenas de policías procesados por homicidios y que la policía bonaerense registraba una solicitud de su captura. Con particular referencia a la tarea del periodista García Lupo en las notas en cuestión, expresó que “con absoluta falta de seriedad y de información adecuada, completa y veraz, no sólo formula juicios, sino que condena y descalifica”.

Las referidas noticias dieron lugar –aseveró– a que dejara de ser “convocado a efectuar ninguna otra tarea pericial tanto pública como privada”, a que no se publicaran dos libros que se hallaban en la etapa de galera, a que no fuera invitado más a congresos en el país y en el exterior, todo ello con el consiguiente perjuicio económico, y a una afectación moral.

2º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, confirmó en lo sustancial la decisión de primera instancia en tanto había hecho lugar a la demanda –sólo en torno de la nota publicada el 4 de enero de 1998– y modificó el monto de condena correspondiente al daño moral, que redujo a \$ 25.000 (fs. 860/865).

Para así decidir, el tribunal *a quo* sostuvo que: (a) la doctrina “Campillay” requiere que se atribuya la noticia a una fuente identi-

ficable o a una “fuente precisamente individualizada”, por lo que no es suficiente la referencia a “fuentes confiables”; (b) por un lado, la parte demandada había reconocido que la nota del 4 de enero de 1998 había sido elaborada mediante la opinión del periodista que la firmó y de terceros, y, por otro, los datos que según dicha parte habrían sido utilizados para confeccionar la nota no surgen del expediente administrativo 17.437/97; (c) algunos párrafos de la nota referida “nada tienen que ver con las constancias del expediente administrativo”, pues allí se decidió la exclusión del actor de la lista de peritos pero sólo en base a que carecía de título habilitante; (d) si bien es cierto que en dicho expediente administrativo obran informes relativos a la situación procesal del demandante en diversos juicios, “la casi totalidad de ellos resultan irrelevantes porque ninguno de esos procesos tiene relación con la labor profesional que desarrollara el actor. Uno solo está referido a la actuación del perito Locles –que mereciera la sanción de apercibimiento...”; (e) las expresiones que encontraron su motivo en la opinión de terceros deben ser juzgadas como propias; (f) aun cuando no puede exigirse que se verifique la verdad absoluta de ella es necesario que el informador pruebe que “trató de verificar los hechos de manera diligente y razonable”; (g) la circunstancia de que el actor haya sido excluido de la lista de peritos o haya sido sancionado en una causa con motivo de su profesión “no justifica ni menos respalda el tenor de algunas de las frases contenidas en la crónica como: ‘sus informes **favorecieron** a decenas de policías procesados por homicidios...’, ‘unos cincuenta efectivos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, procesados por homicidios y en casos de ‘gatillo fácil’, **lograron eludir** sentencias de prisión **gracias** a las pericias balísticas del Capitán (R) Roberto Jorge Locles...’, ‘la firma de Locles apareció en dictámenes que **pusieron a salvo** de condenas a oficiales y suboficiales de la Policía Bonaerense...’, ‘**contribuyó a complicar** la investigación del ataque contra varios periodistas cometido por Diego Maradona, que se sustancia en los Tribunales de Mercedes...’, ‘Locles tiene **más curriculum que vitae**, fue el comentario de uno de los peritos consultados por este diario...’, ‘También la firma del Capitán Locles **ayudó** al oficial de la bonaerense a quien se imputó el asesinato de un adolescente en el estadio del club Independiente de Avellaneda...’” (el destacado aparece en la sentencia); (h) las frases transcriptas son lesivas para el honor del demandante ya que agregan a la noticia central elementos que la hacen propia y le otorgan fuerza de convicción y resultan “notoriamente tendenciosas y desacreditantes”; (i) el juez de primera instancia no fundó la condena en un criterio objetivo

de responsabilidad, sino que, por el contrario, tuvo por acreditada su culpa con sustento en el art. 1109 del Código Civil en tanto ejercieron de manera imprudente su derecho de informar, por no haber intentado verificar los hechos de manera diligente y razonable; (j) los demandados ni siquiera intentaron rebatir la inaplicabilidad de la doctrina de la real malicia en los términos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; (k) los directores de las empresas periodísticas cuentan con amplia autonomía para dar indicaciones o formular óbices decisivos en la tarea informativa; en el caso, la directora del diario Clarín no ejerció sus facultades en materia de selección y oposición respecto del contenido del material.

Contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 870/878, replicado a fs. 881/883), que fue concedido en los términos del art. 14, inciso 3º, de la ley 48 (fs. 887).

3º) Que los agravios pueden ser reseñados de la siguiente manera: (a) la decisión apelada provoca la conculcación de la libertad de prensa consagrada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional; (b) la cámara realizó un examen incorrecto y parcial de la prueba, ya que quedó acreditado que Locles (i) fue excluido de la lista de peritos por carecer de título habilitante, (ii) era sospechado por sus pares, (iii) fue sancionado por el juez Sorondo “a raíz de su proceder amañado y ‘sus conclusiones irresponsables’ ‘con una intervención delictiva’”, y (iv) tenía pedido de captura expedido por el Juzgado de Instrucción n° 14, (v) tenía prohibido “salir del país con prisión preventiva dictada en su contra por el delito de defraudación”; (c) las fuentes de la información fueron debidamente citadas; (d) se presentó en forma seria y objetiva una investigación periodística de interés público; (e) la sentencia apelada no dio mayores precisiones cuando afirmó que no se obró de manera diligente, apartándose de la jurisprudencia de esta Corte que exige una prueba categórica del dolo o culpa de los medios de prensa en la publicidad de informaciones presuntamente dañosas; (f) por tanto, aplicó un factor de atribución de responsabilidad objetivo, que no se compadece con la filosofía de nuestra Constitución Nacional; (h) el autor de la nota no actuó a sabiendas de la inexactitud de lo informado, de modo que resulta aplicable la doctrina de la real malicia; (i) no puede pretenderse que la directora de un medio de prensa de la envergadura del diario Clarín –en el que existe una división de tareas y funciones– lea, controle, confirme y autorice la totalidad del contenido de todas y cada una de las publicaciones de las distintas secciones.

4º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en tanto controvierte la inteligencia que la cámara dio a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión ha sido contraria al derecho que la demandada fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

5º) Que corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado, la parte demandada fundó su posición en el derecho a la libertad de expresión, información y prensa, y, por el otro, el actor invocó su derecho a la honra y reputación.

6º) Que respecto de la libertad de expresión, esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal..." (Fallos: 248:291, 325). Sin embargo, ha reconocido que, bajo ciertas circunstancias, el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros (Fallos: 308:789; 310:508).

7º) Que los jueces de la causa fundaron la condena sólo en la nota del 4 de enero de 1998. Dicha nota tuvo la finalidad de manifestarse sobre el desempeño de un auxiliar de la justicia como lo es un perito.

8º) Que los peritos, es decir aquellos expertos designados de oficio por los jueces (Fallos: 331:2550), en virtud de su saber específico, ciencia y conciencia (Fallos: 315:2834), no comportan órganos mediante los cuales el Estado exterioriza sus potestades y su voluntad, sino que son sujetos auxiliares de la administración pública de justicia (Fallos: 314:1447), cuya actividad en el proceso se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional para asegurar un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

Y si bien en el precedente de Fallos: 326:4445 se dijo que las reseñadas características no transforman a los peritos en funcionarios públicos o delegados del poder estatal, a fin de determinar una eventual responsabilidad del Estado por su actuación, no puede soslayarse la indudable significación que, según se expresó en ese mismo preceden-

te, tienen las funciones de los peritos al servicio del proceso judicial (considerando 6°).

Dicha significación queda corroborada ni bien se repare en que, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél haya llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos, o no resulten contrariados por otra probanza de igual o parejo tenor. En sentido similar, este Tribunal ha afirmado que debe reconocerse validez a las conclusiones del experto para la decisión de los aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que sólo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos (Fallos: 319:469 y 320:326). La relevancia de la función del perito es tal que los indicios graves, precisos y concordantes que llevan razonablemente a la cámara de apelaciones a dudar de la imparcialidad que debe requerir inexcusablemente a los peritos que actúan en el fuero, dan fundamento a la exclusión de un perito de la lista oficial del fuero (Fallos: 318:1851).

9°) Que, al manifestarse sobre el desempeño del actor como auxiliar de la administración de justicia, en su alegada condición de perito en balística, la nota examinada se ha valido de un lenguaje que incluye opiniones críticas sobre ciertas circunstancias que han sido mencionadas asertivamente. Tal circunstancia fue reconocida por el propio demandante, cuando señaló que el periodista García Lupo “con absoluta falta de seriedad y de información adecuada, completa y veraz, no sólo formula juicios, sino que condena y descalifica” (fs. 10).

Tales extremos hacen que, a la luz de lo expuesto en los considerandos precedentes, la confrontación entre el derecho al honor y la reputación del actor y la libertad de prensa, aquí planteada, deba ser examinada a la luz de la doctrina de la real malicia.

A tal fin, cabe dejar de lado la declaración de deserción del recurso de apelación efectuada por la cámara, tal como lo propicia la señora Procuradora Fiscal. Ello es así, toda vez que los apelantes han invocado y sostenido la aplicación de la doctrina referida en la contestación de la demanda, en la apelación ordinaria y en el remedio federal, en términos idóneos para ser considerados, con arreglo al art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como una crítica concreta

y razonada de los fundamentos de la sentencia de primera instancia que aquéllos estimaron equivocados. Los agravios merecían, pues, su tratamiento por parte de la cámara.

10) Que, según lo ha expresado recientemente esta Corte en el precedente de Fallos: 331:1530 (“Patitó”), tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (considerando 8°).

Allí se dijo, también, que estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

Se sostuvo, asimismo, que esas afirmaciones “forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que ‘las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir’ (New York Times vs. Sullivan, 376 U.S. 254, 271). Por su parte, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que ‘...las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio...’ (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57)”.

En el mencionado precedente se expresó, al mismo tiempo, “que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se

trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primera e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia –conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad– no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico”.

Se aclaró que “si bien esto último puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (art. 377 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico”.

De esas consideraciones se dedujo que “no es necesario crear *otro* estándar para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones. Una conclusión semejante debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa”.

11) Que, por tanto, en la medida en que la jurisprudencia de esta Corte ha incorporado el principio de real malicia como adecuada protección de la libertad de expresión, la cámara, después de constatar que se trataba de una nota crítica sobre el desempeño de un auxiliar de la justicia –el aquí demandante– debió limitarse a constatar si él había demostrado que el medio periodístico supo o debió saber que los hechos que sirvieron de apoyo para emitir su juicio u opinión podían ser falsos. Al omitir ese examen, restringió inaceptablemente el espacio que es necesario para el desarrollo de un amplio y robusto debate

público sobre temas de interés general y que ha sido garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional.

12) Que el actor no aportó elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en la nota o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En primer lugar, debe señalarse, como lo hizo la señora Procuradora Fiscal, que la nota del 4 de enero de 1998, examinada por los jueces de la causa, no puede ser analizada de manera fragmentada. Por el contrario, dicha nota debe analizarse en su propio contexto. Esto es, la referida nota contiene diversas afirmaciones. Varias de esas afirmaciones aparecen atribuidas a diversas fuentes que resultan identificables y cuya veracidad puede comprobarse. Por ejemplo, la exclusión del actor de la lista de peritos en balística por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (cuya revisión fue desestimada por esta Corte en Fallos: 321:3542 en tanto la cámara la había fundado debidamente en la carencia de éste de título habilitante), los reparos formulados por el juez en lo Penal de San Martín Carlos Sorondo, la investigación del ataque de Diego Maradona a varios periodistas tramitada en los tribunales de la localidad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, y la opinión de “uno de los peritos judiciales consultado por el diario” cuya lista estaba integrada sólo por tres expertos. Las restantes afirmaciones, básicamente las que referían a la supuesta ayuda o favor de Locles a diversos policías investigados por homicidio, son expresiones que traducen, por un lado, un estilo propio del género periodístico y, por otro, la impronta vehemente, penetrante y ardorosa del periodista que firmó la nota.

En segundo lugar, la nota del 4 de enero de 1998 no puede ser analizada en forma disociada de la nota del 29 de diciembre de 1997 invocada en la demanda. Es cierto que esta última quedó fuera del examen por parte de los jueces de la causa; pero no menos cierto es que ella sirve para determinar el contenido de las afirmaciones de la segunda nota que se alegaron como difamatorias. Si ello es tenido en cuenta, es claro que, en el caso, las afirmaciones de la nota en cuestión se ubican en un contexto mayor.

En ese sentido, no puede desconocerse la ya mencionada significación de la tarea que, como perito, Locles ha cumplido en diversas

causas judiciales –hasta su exclusión de la lista correspondiente por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional– que presentaron un indudable interés público, como la investigación de la muerte de Carlos Menem (h) y la del periodista José Luis Cabezas, así como la que se dirigió a la actuación de varios agentes policiales provinciales por su presunta vinculación con casos de ‘gatillo fácil’.

13) Que tal como se puso de resalto en el precedente “Patitó”, no puede haber “responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social. En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, ‘está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines...’ (Joaquín V. González, “Manual de la Constitución Argentina”, N° 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897)”.

14) Que, en suma, puede afirmarse que el texto examinado de la nota del 4 de enero de 1998, no es apta para generar la responsabilidad de los demandados. En consecuencia, la decisión apelada que los condenó constituye una restricción indebida a la libertad de expresión, por lo que debe ser revocada.

15) Que los fundamentos expuestos hacen que sea innecesario examinar la alegada responsabilidad de la directora del diario code mandado.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º Que la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó en lo principal lo decidido por el juez de grado que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por Roberto Jorge Locles, y condenó a Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., al periodista Rogelio Juan García Lupo y a la Directora Ernestina Laura Herrera de Noble a pagar al actor la suma de \$ 25.000 (más intereses) con motivo de la publicación en la edición del diario Clarín del 4 de enero de 1998 de la nota titulada “Más dictámenes cuestionados. Los dudosos peritajes de Locles”. Contra esa decisión, los vencidos interpusieron un recurso extraordinario federal, que fue concedido con fundamento en el art. 14, inc. 3º, de la ley 48.

2º Que la alzada consideró que, de acuerdo a la doctrina que surge del caso “Campillay” (Fallos: 308:789), es necesario que exista una “fuente” precisamente individualizada que emita una información para que la conducta del medio de prensa pueda quedar justificada. En el presente caso –afirmó– la información volcada en la nota periodística no aparece respaldada en el expediente administrativo 17.437/1997 sustanciado ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que se esgrimió como fuente (por el cual el actor fue excluido de la lista de peritos en balística por carecer de título habilitante); aclaró además que el medio de prensa tampoco aportó dato concreto alguno acerca de las causas judiciales que, a modo de fuente, habrían sido analizadas en la investigación.

Asumió en ese sentido que la información contenida en algunos párrafos de la nota publicada –que es la única que tuvo en cuenta para efectuar el juicio de reproche– nada tenía que ver con las constancias obrantes en el expediente administrativo citado; precisó que la circunstancia de que el actor haya sido excluido de la lista de peritos, o hubiese sido sancionado en una causa con motivo de su profesión, no justificaba el tenor de alguna de las frases contenidas en la crónica.

Consideró que, dado que los recurrentes habían reconocido en el memorial ante la cámara que parte de la información vertida en el artículo se originaba en la investigación que se llevó a cabo, y también

en la opinión de terceros y del propio periodista, debían ser juzgadas como propias y no podían ampararse en la doctrina Campillay.

Agregó que si bien no se puede exigir que antes de dar la información el medio periodístico verifique su verdad absoluta, sí es necesario que el informador pueda probar que trató de verificar los hechos de manera diligente y razonable.

A este respecto, afirmó que el magistrado de la anterior instancia tuvo por acreditada la culpa de los funcionarios con fundamento en el art. 1109 del Código Civil, de manera que no era cierto que el juzgador hubiese fundado el reproche en base al sistema de la responsabilidad objetiva.

Respecto del agravio referido a la no aplicación de la doctrina de la real malicia por el juez de grado, consideró que en el recurso de apelación no se habían explicitado las razones ni los errores en que habría incurrido la sentencia de primera instancia, por lo que declaró desierta la apelación en ese aspecto (art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Finalmente, sostuvo que cabía atribuir responsabilidad a la directora del diario Clarín en la medida en que había omitido ejercer la facultad de selección y oposición respecto del contenido del material, tolerando así la publicación de notas que afectaron la intimidad o el honor del actor.

3º) Que los apelantes sostienen que el pronunciamiento recurrido conculca el derecho constitucional a la libertad de prensa (arts. 14, 32 y 33 de la Constitución Nacional), y que contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, en la nota en cuestión se realizó una correcta y suficiente identificación de las fuentes, atribuyendo los dichos impugnados a las mismas en el marco de una investigación periodística de interés público.

En ese sentido coligen que el *a quo* realizó un incorrecto y parcial análisis de la prueba pues quedó acreditado que el actor fue excluido de la lista de peritos por carecer de título habilitante; que era sospechado por sus pares; que fue sancionado por el juez Sorondo a raíz de su proceder amañado y sus “conclusiones irresponsables”; que fue objeto de un pedido de captura por el Juzgado de Instrucción N° 14 y que se le prohibió salir del país, con prisión preventiva dictada en su contra por el delito de defraudación.

Afirma que la decisión apelada ha desconocido la jurisprudencia vigente de esta Corte, que exige una prueba categórica de dolo o culpa de los medios de prensa en la publicidad de informaciones presuntamente dañosas: que, por lo tanto, la condena al periodista debe fundarse en la prueba a cargo del actor de que las informaciones fueron propaladas con conocimiento de que eran falsas.

Insiste en que la sentencia instituyó una responsabilidad de tipo objetivo que no puede predicarse en el ámbito del ejercicio de la libertad de prensa, al tiempo que considera que el autor de la nota no actuó a sabiendas de la inexactitud de lo informado y por ello es que se encuentra protegido por la doctrina de la real malicia.

Concluye afirmando que tampoco existió conducta u omisión alguna de la directora del medio, pues no puede pretenderse que intervenga en el material que se publica diariamente en las distintas secciones que conforman al diario: en una empresa periodística de envergadura —argumenta— existe una división de tareas y funciones que torna materialmente imposible a la directora leer, controlar, confirmar y autorizar la totalidad del contenido de todas y cada una de las publicaciones.

4º) Que existe en autos materia constitucional en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48 en cuanto el *a quo* decidió en forma contraria a las pretensiones de la recurrente el tema federal del litigio, a saber, la restricción indebida que la apelante basó en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional; se halla también en juego el alcance de la doctrina constitucional establecida en esta Corte por primera vez en el caso “Campillay” (Fallos: 308:789). Los agravios fundados en la tacha de arbitrariedad respecto de la aplicación del estándar de la real malicia, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente (Fallos: 330:3685).

5º) Que es doctrina de esta Corte que, cuando un órgano periodístico difunda una información que pueda rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito (Fallos: 308:789, considerando 7º).

6º) Que tal doctrina ha sido precisada en fallos posteriores en los cuales el Tribunal ha dejado claramente establecido que es condición para liberar de responsabilidad al medio periodístico que la transcrip-

ción efectuada sea sustancialmente fiel o idéntica a la realizada por la fuente utilizada en la noticia concreta.

7°) Que, en el presente caso, el demandado no se ajustó a los requisitos establecidos por el reseñado estándar judicial a fin de justificar la licitud de su accionar. En efecto, los recurrentes no han atribuido las imputaciones que el actor consideró agraviantes a la fuente esgrimida —el expediente que concluyó en la inhabilitación del actor como perito balístico— sino que han reconocido vagamente que acudieron a “afirmaciones de colegas del actor” (fs. 876), expresión que no satisface la necesidad de individualización de una fuente precisa.

8°) Que, sin embargo, la circunstancia de que la información no pueda ampararse en la doctrina de Fallos: 308:789 no determina que la condena al medio de prensa sea inevitable, sino que, por el contrario, correspondería examinar si, en el caso, se configuran los presupuestos generales de la responsabilidad civil (conf. Fallos: 330:3685 voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

A fin de evaluar en este marco el comportamiento del medio periódico, cabe desestimar en primer término la declaración de la deserción del recurso de apelación dictado por el *a quo* en la medida en que el agravio fue planteado por los recurrentes desde la contestación de la demanda y mantenido ante el tribunal de alzada, y, posteriormente, ante esta instancia en términos suficientes para constituir una crítica concreta y razonada a la parte pertinente de la sentencia, como bien lo señala la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte.

En este entendimiento, procede entonces examinar la cuestión a la luz del criterio de la real malicia reconocido por este Tribunal. Ese estándar sostiene que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, aun si la noticia tuviere expresiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obró con real malicia, esto es, con el exclusivo propósito de injuriar y calumniar y no con el de informar, criticar o incluso, de generar una conciencia política opuesta a aquella a quien afectan los dichos. Se requiere pues que las informaciones hayan sido difundidas con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (Fallos: 331:1530, considerando 8° del voto de la mayoría, considerando 9° del voto de la jueza Highton de Nolasco y considerando 11 del voto del juez Maqueda).

9º) Que en esta causa el actor –que al alegar la difamación, debía probar la real malicia del medio– no ha aportado elementos que permitan concluir que el diario obró con notoria despreocupación acerca de la verdad o falsedad del contenido publicado en su edición del 4 de enero de 1998 en el contexto de la intervención del actor en una causa de indudable interés público como fue la que sucedió a la muerte de Carlos Menem (h).

En efecto, las expresiones que evaluó el *a quo* para condenar al medio de prensa no hicieron sino reflejar la participación del actor en una serie de juicios –de trascendencia pública– en ejercicio de una función auxiliar de la justicia, sin que pueda advertirse que el periodista o el medio de prensa supo o debía saber la posible falsedad de las expresiones individualizadas en el primer párrafo del capítulo V del dictamen de la señora Procuradora Fiscal.

De hecho, la información potencialmente difamante se inscribe en el marco de las circunstancias enunciadas en la resolución de inhabilitación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional como perito balístico, por propias declaraciones del actor a los medios referidas a su falta de título habilitante para ejercer la tarea en cuestión, y por cuestionamientos concretos de un magistrado a su trabajo en una causa específica. Todo ello permite inferir que esas expresiones se configuran dentro de –y se circunscriben a– una crítica al desempeño de una función pública que el actor ejerció, lo cual revela que la labor periodística no se condijo con el exclusivo propósito de injuriar o calumniar que debía demostrar el demandante.

10) Que aun cuando las expresiones que agravaron al actor puedan resultarle distorsionadas e inclusive tendenciosas, es dable advertir que se apoyan en figuras de estilo propias del género periodístico, de las que se ha valido el autor del artículo para incluir información de manera cáustica y vehemente, constitutivas de un recurso que forma parte del ejercicio legítimo de la prensa escrita.

En ese sentido, esta Corte ha notado –ya antes de receptar la doctrina de la real malicia– que las características del periodismo moderno responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático. Aun cuando dichas características dificulten la comprobación cierta de la verdad de las noticias incluidas en las publicaciones periodísticas, no implican la exclusión de las manifestaciones formuladas por grupos o personas individualizadas, respecto

de la corrección del ejercicio de la función pública, de las actividades políticas y aun de las profesiones liberales, por el sólo motivo de que ellas puedan resultar ingratas y ofensivas para los allí mencionados (Fallos: 257:308).

Desde esta perspectiva, puede concluirse que el carácter difamatorio de los términos del artículo impugnado no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de un particular que interviene en una esfera de actuación pública, máxime cuando su labor se lleva a cabo en causas que tuvieron una amplia cobertura periodística.

11) Que finalmente, dado que en el presente caso no se advierte un indebido ejercicio de la libertad de prensa por el medio demandado, resulta innecesario expedirse sobre el planteo de responsabilidad de la directora del medio.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por **Arte Gráfico Editorial SA** y por **Ernestina Herrera de Noble**, representadas por los **Dres. Luis María Novillo Linares; Eduardo Germán Padilla Fase y Damián Fabio Cassino**.

Traslado contestado por la parte **actora**, representada por el **Dr. Ernesto S. Feurstein**.

Tribunal de origen: **Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado en lo Civil N° 58**.

ENRIQUE SEDELLI Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL
(M° DE JUSTICIA) – Dto. 1770/91

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Corresponde revocar la sentencia que dispuso que las sumas adeudadas se encontraban consolidadas por la ley 23.982 ya que quienes reclamaron el cobro de la proporción que les correspondía sobre los pagos instrumentados en el decreto 1770/91, con arreglo a la porcentualidad salarial establecida en la ley 22.969,

que son beneficiarios de pagos por un título derivado, no pueden invocar una causa o título anteriores al decreto citado, limitándose su derecho al porcentual correspondiente a su cargo según el régimen salarial por entonces vigente y a los intereses derivados del incumplimiento del demandado y, atendiendo a la fecha de publicación del decreto, el crédito se encuentra sometido al régimen de consolidación establecido por la ley 25.344.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Al tratarse el decreto 1770/91 –que reconoció a todos los magistrados nacionales y funcionarios de jerarquía equivalente, que se hubieran desempeñado como tales entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990– de créditos a cargo del Estado Nacional que encuentran su origen en el reconocimiento de diferencias salariales devengadas durante un período determinado con anterioridad al 1° de abril de 1991, quedan alcanzados por la consolidación dispuesta por la ley 23.982, a lo que no obsta que el decreto mencionado se hubiera dictado en una fecha posterior (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 581 la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la demanda interpuesta por los actores con fundamento en lo dispuesto por el decreto 1770/91 y, en consecuencia, condenó al Estado Nacional a abonar las diferencias salariales resultantes de computar la suma de \$835, “en los términos de la escala remuneratoria dispuesta por la ley 22.969, correspondiente al cargo de los actores, desde el 1° de abril de 1987 hasta el 31 de octubre de 1990”. Añadió que dichas sumas se encuentran consolidadas por la ley 23.982 y que, a partir de la fecha de corte, devengan los intereses previstos por ese régimen (art. 45, *in fine*, de la ley 26.078).

– II –

Contra este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 584/589, que fue concedido a fs. 609.

En lo sustancial, sostiene que el crédito reconocido en autos queda comprendido en los términos de la ley 25.344 y que la sentencia apelada omitió aplicarla pese a que los actores no han puesto en tela de juicio su constitucionalidad y al carácter de orden público que reviste.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se halla en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal (leyes 23.982 y 25.344) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que el apelante funda en ellas. Asimismo, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, adelanto desde ya mi opinión en el sentido de que el *a quo* ha resuelto adecuadamente la inclusión de los créditos a cancelar en el régimen de consolidación instituido por la ley 23.982, como así también lo referido al modo de cálculo de los intereses, de conformidad con lo dispuesto por el art. 45 de la ley 26.078.

Ello es así, toda vez que el decreto 1770/91 reconoció a todos los magistrados nacionales y funcionarios de jerarquía equivalente, que se hubieran desempeñado como tales entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990, el pago de una suma hasta un monto que se establecería multiplicando la suma fija indicada en su art. 1° por la cantidad de meses en que prestaron servicios dentro del período indicado. Asimismo, el Alto Tribunal consideró legítima la pretensión de los actores tendiente a obtener el cobro de la proporción que les correspondía de conformidad con lo dispuesto por la ley 22.969, sobre los pagos instrumentados por el decreto 1770/91 (Fallos: 329:2361), teniendo en consideración que dichos pagos formaron parte de una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente esa problemática y, por ello, no circunscribió su alcance a los beneficiarios directos de la intangibilidad salarial garantizada por la Constitución Nacional.

En tales condiciones, al tratarse de créditos a cargo del Estado Nacional que encuentran su origen en el reconocimiento de diferencias salariales devengadas durante un período determinado con anterioridad al 1° de abril de 1991, estimo que quedan alcanzados por la consolidación dispuesta por la ley 23.982 –a lo que no obsta que el decreto 1770/91 se hubiera dictado en una fecha posterior– y que los intereses deben calcularse de conformidad con el procedimiento fijado por el art. 45 de la ley 26.078 (v. sentencia del 25 de noviembre de 2008, *in re* E. 221, L. XLI, “Edesur S.A. c/ Dirección Nacional de Bienes del Estado s/ escrituración”, que remite al dictamen de este Ministerio Público).

– V –

Opino, por tanto, que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 2 de febrero de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Sedelli, Enrique y otros c/ Estado Nacional (M° de Justicia) – dto. 1770/91 s/ empleo público”.

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, en lo que aquí interesa, dispuso que las sumas adeudadas a los actores en virtud del decreto 1770/91 se encontraban consolidadas por la ley 23.982, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 584/589, que fue concedido a fs. 609.

2°) Que, según el recurrente, los créditos de los actores –prosecretarios del Poder Judicial de la Nación– reconocen su causa o título en

el dictado del decreto 1770/91, por lo tanto se encuentran sometidos al régimen de consolidación de la ley 25.344, aplicable a las obligaciones vencidas o de causa posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 1° de enero de 2000.

3°) Que el remedio federal resulta formalmente admisible, toda vez que en el pleito se halla en juego la interpretación y aplicación de normas federales (las leyes de consolidación 23.982 y 25.344, y el citado decreto 1770/91), y la decisión de la alzada ha sido adversa al derecho que el apelante funda en tales normas.

4°) Que este Tribunal ha tenido oportunidad de destacar, en términos coincidentes con los decretos 2140/91 (art. 2°, inc. d) y 1116/00 (art. 4°, inc. e), que la causa de las obligaciones —en el sentido de la ley de consolidación— la constituyen los hechos o actos que de modo directo e inmediato les hubiesen dado origen, aun cuando se reconocieren administrativa o judicialmente con posterioridad a la “fecha de corte” prevista en aquélla, de modo que son éstos los elementos relevantes a tal fin (Fallos: 316:1775; 322:3200; 324:826; 326:1637, 3573; 327:3921; y causa “Hadid, Jaled Osman c/ Nación Argentina”, Fallos: 331:1387).

5°) Que en orden a dirimir la causa de la obligación de los créditos aquí reclamados, corresponde tener presente que si bien el decreto 1770/91 reconoció el pago de una “indemnización” a todos los magistrados nacionales y funcionarios de jerarquía equivalente que se hubieran desempeñado como tales en el período comprendido entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990 —y por períodos anteriores no prescriptos a quienes hubieran accionado judicialmente—, que resultaría de multiplicar la suma de \$ 835 por los meses en que los interesados hubiesen prestado efectivamente servicios en el lapso indicado, de ello no se deriva necesariamente que el crédito de los actores reconozca como causa el incumplimiento de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones judiciales ocurrido con anterioridad al 1° de abril de 1991.

6°) Que, en efecto, el decreto 1770/91 implementó una solución posible para el problema del desajuste de las remuneraciones judiciales, de aceptación voluntaria para sus destinatarios originales (art. 7°). Entre los efectos operados por su aceptación, se encontraba la renuncia a todo reclamo ulterior por diferencias de remuneraciones devengadas

en el período o las incluidas en el juicio de que se trate (art. 6º, inc. c); de modo que los afectados en su garantía de intangibilidad podían rehusarse al pago de las sumas reconocidas y promover –o continuar, en su caso– las acciones judiciales tendientes al reconocimiento pleno de sus acreencias.

7º) Que, para quienes aceptaron el ofrecimiento de esta suma tarifada, fija y uniforme, no es dudoso que la causa de tales créditos debe reconocerse en el aludido decreto, máxime cuando –como lo señaló este Tribunal– los pagos allí ordenados “formaron parte de una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente esta problemática...”, de modo que no cabría circunscribir su alcance a los beneficiarios directos de la intangibilidad salarial garantizada por la Constitución Nacional (“Arrabal de Canals” Fallos: 329:2361, considerando 8º).

8º) Que, en este orden de ideas, cabe hacer extensiva la presente conclusión a quienes –como los aquí accionantes– reclamaron el cobro de la proporción que les correspondía sobre los pagos instrumentados en el decreto 1770/91, con arreglo a la porcentualidad salarial establecida en la ley 22.969, ya que los beneficiarios de estos pagos por un título derivado no pueden invocar una causa o título anteriores al decreto citado, “limitándose su derecho al porcentual correspondiente a su cargo según el régimen salarial por entonces vigente y a los intereses derivados del incumplimiento del demandado” (cf. causa “González Díaz, Rafael Angel y otros c/ Estado Nacional (Mº de Justicia) –dto. 1770/91–”, Fallos: 331:2573).

9º) Que, en mérito a lo expuesto y atendiendo a la fecha de publicación del decreto 1770/91 (8 de octubre de 1991), cabe concluir que el crédito de los actores se encuentra sometido al régimen de consolidación establecido por la ley 25.344 (cfr. art. 13).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, el Tribunal resuelve declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada con el alcance señalado en el considerando que antecede. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que los antecedentes de la causa están debidamente reseñados en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, así como también los motivos por los cuales el recurso extraordinario es admisible (conf. acápites I a III del mencionado dictamen, a los que cabe remitirse, en razón de brevedad).

2º) Que si bien la contestación de los actores respecto del agravio planteado en la apelación extraordinaria implicaría un allanamiento a la pretensión de la recurrente (fs. 592/593) no corresponde que esta Corte dicte sentencia limitándose a acoger tal pretensión, dado que se advierten en la causa razones de orden público –en atención a la naturaleza de las normas involucradas– que justifican un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión (art. 307, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3º) Que, a tal respecto, los agravios de la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 624/625 (acápite IV), a cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte se remite en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden, dada la posición asumida por las partes en esta instancia (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional, demandado en autos**, representado por el Dr. **Marcos Giangrasso**, con el patrocinio del Dr. **Norberto Salvador Bisaro**.

Traslado contestado por **Enrique Sedelli y otros, actores en autos**, representados por el Dr. **Valerio R. Pico, en calidad de apoderado**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12**.

LUIS RICARDO ASCUA c/ SOMISA

ACCIDENTES DEL TRABAJO.

El tope legal de reparación previsto en el art. 8, inc. a, segundo párrafo, de la ley 9688, según ley 23.643 –vigente al momento de los hechos–, para el caso de incapacidad parcial y permanente derivada de un accidente laboral –régimen de carácter tarifado que consideraba como daño reparable dinerariamente la pérdida de ganancias del trabajador y que suponía tomar en cuenta su salario y considerarlo reducido en medida igual al grado de su incapacidad–, resulta inconstitucional e inaplicable al caso, en cuanto a que la discapacidad de carácter permanente de la que se trata repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la frustración del desarrollo pleno de la vida que implicará la reformulación de su proyecto de vida, siendo inadecuada e insuficiente la reparación prevista en dicho régimen dado que, circunscripto legalmente el objeto de la indemnización dineraria a la sola pérdida de la capacidad de ganancia, ni siquiera posibilita que ésa sea evaluada satisfactoriamente por imponerle un tope a su cuantía.

ACCIDENTES DEL TRABAJO.

Si bien el art. 8 de la ley 9688 (según ley 23.643) –régimen de carácter tarifado que fijaba un tope indemnizatorio para el caso de incapacidad parcial y permanente derivada de un accidente de trabajo–, atendió, como principio, a la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima, por medio del cómputo de la reducción de su salario, impidió que dicha finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales –como en el caso– resultó aplicable el importe indemnizatorio máximo que preveía.

ACCIDENTES DEL TRABAJO.

La modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima.

ACCIDENTES DEL TRABAJO.

Si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28) (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

–Del precedente “Aquino” –Fallos: 327:3753–, al que remite–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, por mayoría, confirmaron la sentencia de primera instancia que declaró la constitucionalidad del tope previsto en el art. 8 de la Ley de Accidentes del Trabajo vigente al momento de ocurridos los hechos de dieron motivo a la demanda (ley 9.888, modificada por la ley 23.643) y rechazaron el reclamo del actor por la diferencia (fs. 273/276 y fs. 307/310).

Contra tal pronunciamiento la actora dedujo el recurso extraordinario federal, que fue rechazado por mayoría, decisión que dio motivo a la presentación directa en examen (v. fs. 317/377, fs. 378/379, fs. 28/33, respectivamente).

– II –

El agravio del remedio federal se apoya en que la decisión de la cámara vulneró una pluralidad de derechos y garantías constitucionales como ser la igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la defensa en juicio, el derecho a una decisión justa fundada en los hechos y antecedentes de la causa y en el derecho aplicable, el derecho de propiedad y los principios de legalidad y razonabilidad de las sentencias judiciales.

Entre otros puntos, –en síntesis– señala que el salario mínimo vital y móvil, fijado por el Poder Ejecutivo no fue actualizado debidamente, sufriendo en consecuencia la pérdida constante del poder adquisitivo y que la consecuencia de la aplicación del tope sobre dicha base resulta violatoria del art. 17 de la Constitución Nacional por resultar “expropiatorio”. Sostiene que la suma percibida en concepto de indemnización representa sólo un tercio (1/3) de lo que realmente le correspondía percibir sin la aplicación del tope. Entiende que fue resarcida con una suma irrisoria e insignificante para compensar la pérdida de su capacidad y que se desvirtuó la naturaleza resarcitoria de la ley. Denuncia que el fallo se apartó del criterio adoptado por la Corte en el caso “Vega” (Fallos: 316:3104), en cuanto se evidenció en el presente trámite que los valores dispuestos mediante el límite fijado demuestran desigualdad y desproporcionalidad.

- III -

Creo menester destacar, ante todo, que el actor invocó en primer lugar la falta de fundamento del fallo de la alzada. Se impone entonces tratar primero –y sin perjuicio de la materia federal planteada–, los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir ésta no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 322:904; 323:35, entre otros).

Cabe señalar que el *a quo*, a fin de mantener el fallo de primera instancia hizo hincapié en el precedente “Rivero” (Fallos: 319:2264) en cuanto allí se señaló que no basta para la declaración de inconstitucionalidad del art. 8° de la ley 9.688 el simple cotejo entre la indemnización que al actor le habría correspondido según se aplicase o no el tope.

La sentencia impugnada, para sostener el criterio expuesto en el párrafo precedente, atribuyó, de un lado, error al recurrente en la cita de la norma que establece el salario mínimo vital y móvil correspondiente; de otro, en definitiva, también falta de prueba, en cuanto a que la aplicación del tope configurara una supresión o desnaturalización del derecho que se pretendía asegurar o que el salario mínimo que sirvió de base hubiese sido establecido en forma absurda y arbitraria. Por su parte la actora resistió la aplicación del tope sobre la base que en el caso resultaba confiscatorio (o “expropiatorio”, como se denunció en la demanda, v fs. 98vta. y se mantuvo ante la alzada, v. fs. 280vta.). Tal extremo no fue tema de debate en el precedente citado de Fallos: 319:2264, ni surge del texto de la sentencia en crisis que el *a quo* hubiese dado respuesta al respecto.

En efecto, no hay suficiente respuesta al agravio referido al planteo de la recurrente con apoyo en que, con la aplicación del tope que resulta del salario mínimo vital y móvil vigente al momento de los hechos que motivaron el reclamo, se estaría confiscando más del 60% de lo que le correspondería percibir como indemnización. Con ello cobra sentido el agravio relativo a la desnaturalización del derecho que se pretende asegurar, sobre la base de que el simple cotejo del monto indemnizatorio sin tope alcanza la suma de \$ 96.059,91, y la percibida en la suma de \$ 31.842,77. Debe tenerse presente que la confiscatoriedad alegada excede la que VE entendió admisible al expedirse en Fallos: 327:3677 (considerando 12), asimilable al presente caso en la medida que se tomó el salario del trabajador como base para el cálculo de la reparación.

Por otra parte, la actora denunció oportunamente que el salario tomado para la operación matemática había sufrido la pérdida del poder adquisitivo (v. fs. 98vta. y fs. 286vta.), tema que no fue ignorado por el voto de la minoría al determinar que efectivamente se produjo una diferencia desmedida entre el importe considerado como tope y el que debió haberse computado con el reajuste por depreciación monetaria (v. fs. 310). Sin perjuicio de ello el pronunciamiento de la mayoría entendió que no se había demostrado la existencia de inflación u otra causal de desvalorización (v. fs. 308 *in fine*).

– IV –

Concluyo entonces, que la sentencia del *a quo* satisface sólo en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a los hechos de la causa, por lo que, ante la relación directa entre lo resuelto y las garantías constitucionales alegadas, se impone su descalificación como acto jurisdiccional (Fallos: 301:472; 307:228; 320:1847, entre otros).

Lo expresado no importa anticipar criterio sobre la solución que, en su caso, proceda adoptar sobre el fondo del problema, sin perjuicio de que me exima de tratar los restantes agravios.

Por lo dicho, estimo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 7 de noviembre de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA s/ cobro de pesos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que de la causa se desprende que en marzo de 1991 el actor sufrió un accidente, al caerse desde 9 metros de altura mientras trabajaba. En el trámite seguido ante la autoridad administrativa se estableció que el infortunio le había ocasionado una incapacidad permanente del 70%, lo cual, según la tarifa prevista en el inc. c del art. 8 de la ley 9688 de accidentes de trabajo (modificado por la ley 23.643) arrojaba un resarcimiento de \$ 96.059,91. Mas, como tal importe superaba el tope impuesto por el segundo párrafo del inc. a del mismo artículo, que era de 260 veces el salario mínimo vital y móvil por entonces vigente (\$ 97), la liquidación de la indemnización se redujo a dicho límite, con lo cual el demandante percibió —en septiembre de 1992— la suma de \$ 25.250 en concepto de capital (fs. 85 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá). Ello dio lugar a esta demanda judicial de diferencias indemnizatorias, fundada en que la aplicación del mencionado tope comportaba una reducción del resarcimiento lesiva de derechos de raigambre constitucional.

2º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (fs. 307/310), al confirmar el fallo de primera instancia (fs. 273/276), rechazó el reclamo. Para así decidir por mayoría, tuvo en cuenta, en síntesis, que: a) “de ninguna forma se ha probado que la fijación del monto indemnizatorio sobre la base de dicha remuneración mínima configure la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar”, y b) “el simple cotejo de la indemnización que al actor le habría correspondido, según se aplicase o no el tope impugnado, no resulta un argumento eficaz que alcance para fundamentar la inconstitucionalidad pretendida”. Contra ese pronunciamiento, el demandante dedujo el recurso extraordinario (fs. 312/322) cuya denegación dio origen a la queja en examen.

3º) Que los agravios del remedio federal son hábiles para habilitar esta instancia pues, reiterando lo expresado ante las instancias anteriores, plantean la inconstitucionalidad de la norma legal limitativa del resarcimiento tarifado y la decisión apelada ha sido contraria a la pretensión que el recurrente fundó en preceptos constitucionales (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Esta Corte ha subrayado, por lo demás, que aun cuando el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro resulta de todos modos apropiado dictar pronunciamiento en la hipótesis de que subsista el interés de las partes por los

efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (Fallos: 325:3243; 326:1138, entre otros). Y es justamente esa circunstancia la que se verifica en el presente caso, ya que el apelante conserva interés en la definición legal de su situación ya que al momento de los hechos que originaron su reclamo se encontraba vigente el régimen establecido por la ley 9688, con las modificaciones introducidas por la ley 23.653, hoy derogado.

4°) Que, con el texto introducido por la ley 23.643, el art. 8 de la ley 9688 establecía en su inc. c que “[e]n caso de incapacidad parcial y permanente, la indemnización será igual a mil veces la reducción diaria que haya sufrido el salario de la víctima a consecuencia del accidente, multiplicado por el coeficiente por edad previsto en el primer párrafo del inc. a [del mismo artículo]”, es decir, el coeficiente resultante de dividir “el número 100 [...] por el número de años de edad de la víctima en el momento del accidente”. A su turno, el segundo párrafo del inc. a del artículo citado disponía que la indemnización prevista por éste para el antedicho supuesto (como para los de muerte o incapacidad total), “no será superior al importe equivalente que resulte de computar veinte (20) años de salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la determinación de la indemnización”.

En suma, al igual que en sus versiones anteriores, el régimen especial de indemnizaciones de infortunios laborales de la ley 9688 impuesto por la ley 23.643, era de carácter tarifado. Para ello, en lo que interesa y según fue entendido en la causa, la norma consideraba como daño reparable dinerariamente la pérdida de ganancias del trabajador, lo cual suponía tomar en cuenta el salario de éste y considerarlo reducido en medida igual al grado de su incapacidad. Con todo, el resultado, de traspasar el tope señalado en el párrafo precedente, debía reducirse a ese importe. Es la validez de esta última limitación, como ha sido adelantado, la materia a ser decidida. Empero, a tal fin, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de las partes ni de la cámara, puesto que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas de naturaleza federal en juego (Fallos: 330:3758, entre muchos otros).

5°) Que el art. 14 bis de la Constitución Nacional enuncia el llamado principio protectorio, destinado a comprender todos los aspectos del universo del derecho al trabajo: “[e]l trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”. Asimismo, los dos requerimien-

tos que exige respecto de las condiciones de labor, esto es, que resulten “*dignas y equitativas*” (itálica agregada), especifican el sentido y contenido del mentado principio en el terreno de dichas condiciones y, por ende, el sentido y contenido de los medios que “asegurarán” a estas últimas: las “leyes”. Todo ello, por cierto, sin perjuicio de resultar ambos recaudos un común denominador que se proyecta sobre los restantes contenidos de la norma, los cuales, no por su identidad propia, dejan de integrar el concepto de condiciones de labor (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677, 3689 – 2004).

Los dos caracteres, cuadra anticiparlo, arrojan luz suficiente para resolver la cuestión litigiosa. En efecto, en cuanto al primero de aquéllos, esto es, el carácter digno de las condiciones laborales, ello sólo es predicable, entre otras circunstancias, de un trabajo seguro, vale decir, respetuoso del derecho fundamental de la persona a la salud y seguridad en el empleo (“Torrillo” Fallos: 332:709, 712/716 – 2009). En este sentido, el precepto de 1957 (art. 14 bis cit.) resultó premonitorio, ni bien se advierte la observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 24 de diciembre de 2005, relativa precisamente al derecho al trabajo, en cuanto explica: “[e]l trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], debe ser un trabajo digno. Este es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral (*work safety*) [...] Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo”, lo cual remite a uno de los elementos esenciales que caracteriza a un trabajo digno, su “aceptabilidad y calidad”: “[l]a protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones equitativas y satisfactorias (*just and favourable*) de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras (*safe working conditions*) [...]” (*General comment N° 18. The Right to Work. Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, párrs. 7 y 12). La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador, en síntesis, es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana (“Aquino”, Fallos: 327:3753, voto de la jueza Highton de Nolasco, p. 3799 – 2004).

Por otra parte, la seguridad resulta, naturalmente, un continuo que se despliega desde la regulación del anteriormente aludido régimen

de prevención de accidentes y enfermedades laborales, hasta el establecimiento de una normativa protectoria de los trabajadores dañados por esos infortunios. Mas, así como esta Corte, para 1938 y a propósito de la ley 9688, sostuvo que imponer al empleador, “aun sin dolo y sin culpa”, la obligación de indemnizar “al obrero accidentado o víctima de una enfermedad profesional”, traducía el seguimiento por el legislador argentino del “ritmo universal de la justicia” (“Rusich”, Fallos: 181:209, 213), así también juzgó que ese ritmo, a partir de la introducción, en 1957, del citado art. 14 bis, encontraba fundamento en este precepto, el cual, además, y cuadra subrayarlo, ya imponía al Congreso “deberes inexcusables” a fin de asegurar al trabajador un conjunto de “derechos inviolables” (“Mata”, Fallos: 252:158, 161 – 1962). Su “excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo” que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis “se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional” (ídem, p. 163 y sus citas).

6°) Que a conclusiones análogas conducen los instrumentos internacionales que enuncian el derecho del empleado tanto a condiciones de trabajo “equitativas y satisfactorias” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23.1) o “dignas” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XIV), cuanto a la protección en los supuestos de incapacidad, enfermedad o invalidez (arts. 25.1 y XVI, respectivamente). El art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), a su vez, después de reiterar la citada Declaración Universal en orden al derecho de toda persona al goce de “condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, especifica que éstas deben asegurar, “en especial [...] b) La seguridad y la higiene en el trabajo”. Ello, asimismo, se ve reafirmado y complementado en ese tratado por otros preceptos. Reafirmado, mediante su art. 12, relativo al derecho de toda persona al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, cuando en su inc. 2 prevé: “[e]ntre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo [...]; c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales”, lo cual entraña, en particular, “la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales”, so riesgo de violar las obligaciones que dimanarían del PIDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo*

12), 2000, párrs. 25 y 49). Y complementado por vía del art. 9, del cual se sigue que los Estados “deben también garantizar la protección a los trabajadores que hayan sufrido un accidente laboral durante el empleo u otro trabajo productivo” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 19*. El derecho a la seguridad social (artículo 9), 2007, párr. 17).

7°) Que respecto del carácter “equitativo” de las condiciones de labor, ello significa, en el presente contexto reparador, “justo en el caso concreto”, tal como lo ha entendido esta Corte en el cuadro del sistema tarifado que sustituyó al de la ley 9688 (“Milone”, Fallos: 327:4607, 4617 –2004–, relativo a Ley de Riesgos del Trabajo, 24.557). De ahí que, como también lo sostuvo en dicha oportunidad, el ya citado art. 7.b del PIDESC implica que, una vez establecida por los Estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados (p. 4618; asimismo: Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 242). Sumase a ello, que del también recordado art. 9 del PIDESC deriva el derecho “de obtener protección, en particular contra: a) *la falta de ingresos* procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez [o] accidente laboral”, mediante un sistema que sufrague “los gastos y *la pérdida de ingresos* resultante de la lesión o condición de morbilidad”, y que ofrezca “prestaciones suficientes en forma de acceso a la atención de salud y prestaciones en efectivo para asegurar los ingresos” (*Observación general N° 19...*, cit., párrs. 2 y 17, *itálicas agregadas*).

Más aún; debe puntualizarse que la cuestión en juego es susceptible de ser juzgada con arreglo a otro instrumento internacional de carácter regional ya aplicado tanto por esta Corte (“Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo”, Fallos: 332:170, 181 – 2009), cuanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el control de la normativa interna (v.gr. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.71. doc. 19 rev. 1, cap. VI, A, B.e y C). Se trata, ciertamente, de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Declaración de los derechos sociales del trabajador) adoptada por los Estados americanos al mismo tiempo y en el mismo marco en que fueron adoptadas la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948), relación esta por la cual, además, la primera debe servir para la adecuada interpretación y el

desarrollo de las normas de esta última, i.e., la Declaración Americana (Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, IIDH / Civitas, Madrid, 1988, p. 110). La Carta de garantías sociales tuvo por objeto “declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables” (art. 1, *itálica agregada*). Así, su art. 31 prevé “el derecho de los trabajadores a un sistema de seguro social obligatorio orientado hacia la realización de los objetivos siguientes: a) Organizar la prevención de los riesgos cuya realización *prive* al trabajador de su *capacidad de ganancia* y de sus medios de subsistencia. b) Restablecer lo más rápida y completamente posible, la *capacidad de ganancia perdida o reducida* como consecuencia de enfermedad o accidente”, añadiendo el artículo siguiente que “[e]n los países donde aún no exista un sistema de seguro o previsión social, o en los que existiendo éste, no cubra la totalidad de los riesgos profesionales y sociales, estarán a cargo de los empleadores prestaciones adecuadas de previsión y asistencia” (*itálicas agregadas*).

8º) Que las pautas señaladas en el considerando anterior, tan terminantes y precisas como mínimas respecto del alcance de los derechos del trabajador, determinan que para la solución del *sub lite* no sea de aplicación el criterio seguido en “Vizzoti”, en el cual, por falta de aquéllas, la “pauta” estuvo regida por la “prudencia” judicial, lo que condujo a censurar el tope legal del salario computable para el cálculo de la indemnización tarifada por despido injustificado sólo cuando imponía una merma superior al 33% de la remuneración del despido (cit., ps. 3690/3691). Por lo contrario, en la presente causa, ante el carácter de las aludidas referencias normativas, es necesario concluir que la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado –al cual apuntan los textos transcritos–, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima. Luego, resulta evidente que si bien el art. 8 de la ley 9688 (según ley 23.643) atendió, como principio, a la mentada pérdida por medio del cómputo de la reducción del salario de la víctima, impidió, a la postre, que esta finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales, como el de esta controversia, resultó aplicable el importe indemnizatorio máximo que preveía. Este último arbitrio, en breve, no se

adecuó a los fines que la norma debía –y pretendió, aunque sólo como principio– consagrar (“Azar” Fallos: 299:428, 430, y sus citas).

La conclusión que se acaba de asentar, por lo demás, encuentra definitivo sustento en reiterada jurisprudencia de la Corte en cuanto tiene expresado que el trabajo humano exhibe características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional (“Mansilla”, Fallos: 304:415, 421 y su cita). Más todavía; dicha justicia no es otra que la justicia social, vale decir, aquella por la que se consigue o se tiende a alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad” (“Berçaitz”, Fallos: 289:430, 436 –1974–; v., entre otros, además del ya citado caso “Aquino”: “Prattico c. Basso y Cía.”, Fallos: 246:345, 349; “Roldán c/ Borrás”, Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas, y “Pérez c. Disco SA”, Fallos: 332:2043, 2057/2058 y sus citas – 2009). Justicia esta que, por lo pronto, inspiró la elaboración y sanción del citado art. 14 bis, según lo asentaron con entera nitidez los reformadores de 1957 (v. la exposición de los convencionales Jaureguiberry –informante del despacho de la Comisión Redactora–, Peña, Palacios, Schaposnik, Pozzio y Miró, *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, págs. 1221, 1253, 1262 y 1267, 1293 y 1344, respectivamente), así como el reiteradamente citado PIDESCA (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 12 El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, 1999, párr. 4). En el campo de los derechos humanos, asimismo, el principio *pro homine*, exige que aquéllos sean interpretados con la mayor amplitud que permita la norma que los reconozca, y censura, por ende, toda exégesis restrictiva (“Madorrán”, Fallos: 330:1989, 2004 – 2007), cuanto más que, de acuerdo con reiterada y conocida doctrina, el trabajador es sujeto de “preferente tutela constitucional” (“Vizzoti”, cit., ps. 3689 y 3690; “Aquino”, cit., ps. 3770 y 3797, y “Pérez c. Disco SA”, cit., ps. 2054/2055).

Tampoco puede ser pasada por alto otra advertencia formulada por el Tribunal en cuanto a que una discapacidad de carácter permanente, como lo es la *sub examine*, repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida. Un trance de tamaña gra-

vedad, por ende, llevará seguramente al trabajador —y, en su caso, a la familia de éste— a una reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo. Es precisamente por ello que el medio reparador, de ser inadecuado o insuficiente, puede añadir a la mentada frustración una nueva (“Milone”, cit., p. 4619). Tal es el caso del régimen en estudio dado que, circunscripto legalmente el objeto de la indemnización dineraria a la sola pérdida de la capacidad de ganancia, ni siquiera posibilita, como le era debido, que ésta sea evaluada satisfactoriamente por imponerle un tope a su cuantía. No cabe olvidar, además, que dicha pérdida atañe nada menos que a un elemento central de la subsistencia digna del grueso de la población: el salario, esto es, el medio por el cual el trabajador se “gana la vida” (“Pérez c. Disco SA”, cit., p. 2055). Lo expresado dos emisiones antes muestra, por otro lado, que la pretensión del actor no implica trasladar al ámbito de la ley 9688 elementos impropios de un régimen tarifado que tendió a equilibrar, v.gr., la responsabilidad del empleador *supra* indicada (considerando 5º, tercer párrafo) mediante la limitación a un solo tipo de daño reparable económicamente: capacidad de ganancia o pérdida de ingresos del empleado accidentado. De lo que se trata, cabe reiterarlo, es de declarar no la invalidez de esa última limitación (tipo de daño), tema ajeno a la litis, sino la del tope que opera sobre la cuantía de ésta anteriormente objetado, por ser ello incompatible con el *corpus iuris* del que se ha hecho mérito, plenamente aplicable a las modalidades tarifarias en la materia.

9º) Que, en consecuencia, cabe decidir que el tope legal de la reparación aquí impugnado (art. 8, inc. a, segundo párrafo, de la ley 9688, según ley 23.643) resulta inconstitucional y, por ende, inaplicable para resolver la presente contienda.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); de manera que la causa deberá ser devuelta a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT —
ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL
ZAFFARONI.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que de la causa se desprende que en marzo de 1991 el actor sufrió un accidente, al caerse desde 9 metros de altura mientras trabajaba. En el trámite seguido ante la autoridad administrativa se estableció que el infortunio le había ocasionado una incapacidad permanente del 70%, lo cual, según la tarifa prevista en el inc. c del art. 8 de la ley 9688 de accidentes de trabajo (modificado por la ley 23.643) arrojaba un resarcimiento de \$ 96.059,91. Mas, como tal importe superaba el tope impuesto por el segundo párrafo del inc. a del mismo artículo, que era de 260 veces el salario mínimo vital y móvil por entonces vigente (\$ 97), la liquidación de la indemnización se redujo a dicho límite, con lo cual el demandante percibió –en septiembre de 1992– la suma de \$ 25.250 en concepto de capital (fs. 85 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá). Ello dio lugar a esta demanda judicial de diferencias indemnizatorias, fundada en que la aplicación del mencionado tope comportaba una reducción del resarcimiento lesiva de derechos de raigambre constitucional.

2º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (fs. 307/310), al confirmar el fallo de primera instancia (fs. 273/276), rechazó el reclamo. Para así decidir por mayoría, tuvo en cuenta, en síntesis, que: a) “de ninguna forma se ha probado que la fijación del monto indemnizatorio sobre la base de dicha remuneración mínima configure la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar”, y b) “el simple cotejo de la indemnización que al actor le habría correspondido, según se aplicase o no el tope impugnado, no resulta un argumento eficaz que alcance para fundamentar la inconstitucionalidad pretendida”. Contra ese pronunciamiento, el demandante dedujo el recurso extraordinario (fs. 312/322) cuya denegación dio origen a la queja en examen.

3º) Que los agravios del remedio federal son hábiles para habilitar esta instancia pues, reiterando lo expresado ante las instancias anteriores, plantean la inconstitucionalidad de la norma legal limitativa del resarcimiento tarifado y la decisión apelada ha sido contraria a la pretensión que el recurrente fundó en preceptos constitucionales (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Esta Corte ha subrayado, por lo demás, que aun cuando el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro resulta de todos modos apropiado dictar pronunciamiento en la hipótesis de que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (Fallos: 325:3243; 326:1138, entre otros). Y es justamente esa circunstancia la que se verifica en el presente caso, ya que el apelante conserva interés en la definición legal de su situación ya que al momento de los hechos que originaron su reclamo se encontraba vigente el régimen establecido por la ley 9688, con las modificaciones introducidas por la ley 23.653, hoy derogado.

4º Que, con el texto introducido por la ley 23.643, el art. 8 de la ley 9688 establecía en su inc. c que “[e]n caso de incapacidad parcial y permanente, la indemnización será igual a mil veces la reducción diaria que haya sufrido el salario de la víctima a consecuencia del accidente, multiplicado por el coeficiente por edad previsto en el primer párrafo del inc. a [del mismo artículo]”, es decir, el coeficiente resultante de dividir “el número 100 [...] por el número de años de edad de la víctima en el momento del accidente”. A su turno, el segundo párrafo del inc. a del artículo citado disponía que la indemnización prevista por éste para el antedicho supuesto (como para los de muerte o incapacidad total), “no será superior al importe equivalente que resulte de computar veinte (20) años de salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la determinación de la indemnización”.

En suma, al igual que en sus versiones anteriores, el régimen especial de indemnizaciones de infortunios laborales de la ley 9688 impuesto por la ley 23.643, era de carácter tarifado. Para ello, en lo que interesa y según fue entendido en la causa, la norma consideraba como daño reparable dinerariamente la pérdida de ganancias del trabajador, lo cual suponía tomar en cuenta el salario de éste y considerarlo reducido en medida igual al grado de su incapacidad. Con todo, el resultado, de traspasar el tope señalado en el párrafo precedente, debía reducirse a ese importe. Es la validez de esta última limitación, como ha sido adelantado, la materia a ser decidida. Empero, a tal fin, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de las partes ni de la cámara, puesto que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas de naturaleza federal en juego (Fallos: 330:3758, entre muchos otros).

5º) Que en cuanto a los principios de raigambre constitucional que rigen todos los aspectos del derecho del trabajo, como también –en particular– en lo que aquéllos se refieren al debido resarcimiento de accidentes o enfermedades laborales y en lo atinente a los instrumentos nacionales e internacionales destinados a proteger a los trabajadores frente al acaecimiento de tales infortunios, esta Corte se ha pronunciado en el caso publicado en “Aquino” (Fallos: 327:3753), a cuyas consideraciones y fundamentos cabe remitir, en lo pertinente –reitérase que la cuestión aquí planteada se circunscribe a la validez del “tope” indemnizatorio establecido por la norma–, a fin de evitar innecesarias reiteraciones.

6º) Que, en el caso, precisamente, como consecuencia de los criterios fijados en la decisión citada, es necesario concluir que la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidente o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima.

En esas condiciones, resulta evidente que si bien el art. 8 de la ley 9688 (según ley 23.643) atendió, como principio, a la mentada pérdida por medio del cómputo de la reducción del salario de la víctima, impidió, a la postre que esta finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales, como el de esta controversia, resultó aplicable el importe indemnizatorio máximo que preveía. Este último arbitrio no se adecuó a los fines que la norma debía –y pretendió, aunque sólo como principio– consagrar.

Dicho de otro modo, circunscripto legalmente el objeto de la indemnización dineraria a la sola pérdida de la capacidad de ganancia, ni siquiera posibilita, como le era debido, que ésta sea evaluada satisfactoriamente por imponerle un tope a su cuantía. Admitir la pretensión del actor no implica trasladar al ámbito de la ley 9688 elementos impropios de un régimen tarifado que tendió a equilibrar, v.gr., la responsabilidad del empleador mediante la limitación a un solo tipo de daño reparable económicamente: capacidad de ganancia o pérdida de ingresos del empleado accidentado. De lo que se trata, cabe reiterarlo, es de declarar –según lo solicitado– no la invalidez de esta última limitación (tipo de daño), sino la del tope que opera sobre la cuantía de ésta.

7°) Que, en consecuencia, cabe decidir que el tope legal de la reparación aquí impugnado (art. 8, inc. a, segundo párrafo, de la ley 9688, según ley 23.643) resulta inconstitucional y, por ende, inaplicable para resolver la presente contienda.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); de manera que la causa deberá ser devuelta a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Ascua, Luis Ricardo**, representado y patrocinado por el **Dr. José Manuel Colabella**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires**.

L. DEL C. P. DE LA S. C/ G. E. P.

FILIACION.

Cabe revocar la sentencia que rechazó la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial –prueba de ADN de una de sus hijas– ofrecida por el demandado reconviniendo en el juicio de divorcio, al imputar a su cónyuge que no obstante haber reconocido voluntariamente a la menor la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio, pues no eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para la niña redundaría en un beneficio más que en un perjuicio, sumado a que dicho examen requería que ésta pudiese dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre.

FILIACION.

La existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita

satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas, y tales reglas hermenéuticas respecto del “interés superior del niño” (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en el que la madre se opone a la realización de la prueba de ADN requerida por su cónyuge en el juicio de divorcio, respecto de una de sus hijas, alegando que no obstante haberla reconocido voluntariamente, no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

FILIACION.

Cabe revocar la sentencia que rechazó la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial –prueba de ADN de una de sus hijas– ofrecida por el demandado reconviniendo en el juicio de divorcio, al imputar a su cónyuge que no obstante haber reconocido voluntariamente a la menor la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio, pues el objetivo del demandado no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resultando razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra el decisorio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala J– que habilitó la producción de la pericia ofrecida por la parte demandada, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja (v. fs. 95, 97/117 y 123 del respectivo cuaderno, a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

– II –

La resolución atacada confirmó la decisión de primera instancia, que consideró viable la prueba pericial consistente en el examen genético propuesto respecto de la niña A.M.P., en orden a la acreditación de la causal de divorcio esgrimida por el demandado (v. fs. 17/18).

Para así hacerlo, estimó que se trata de una probanza conducente, como asimismo, que su resultado sólo podrá valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones. Tuvo también en cuenta que ello no supone modificar el emplazamiento de la menor en su actual estado filiatorio, pues admitir la producción del estudio de ADN, de ningún modo importaría ventilar en el marco de estas actuaciones una acción de desconocimiento de la paternidad legítima.

– III –

Disconforme, en su apelación federal la actora impugna al fallo por arbitrario.

Aduce centralmente que ni el criterio de amplitud de la prueba, ni lo dispuesto por el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño autorizan a sostener el temperamento adoptado.

A través de citas doctrinarias, arguye que por razones éticas y de política jurídica, se puede privilegiar una identidad filiatoria no coincidente con la verdad biológica, y negar una investigación en ese sentido, aun cuando ello no implique necesariamente alterar el emplazamiento filiatorio del niño.

Subraya que la defensa en el juicio de divorcio de un padre –cuya conducta procesal describirá en el cap. 6.3. –tildándola de mezquina, contradictoria y prescindente–, no puede justificar un daño a la identidad del hijo, sea ésta biológica o jurídica.

El derecho del infante a conocer su origen biológico, afirma, cede cuando hay intereses superiores que preservar, por lo que se trata de una prerrogativa que no es absoluta y que la propia legislación posterga en beneficio del mismo menor.

Continúa diciendo –con transcripción de jurisprudencia de esa Corte–, que el derecho al estado civil con fundamento genético, tiene un límite en función del respeto de otros principios y derechos, tales como la intimidad y privacidad de las personas.

Pide se revoque la resolución, pues ha transcurrido el plazo de caducidad previsto para la impugnación de paternidad, el parentesco se encuentra legalmente afianzado y existen intereses superiores al derecho a la identidad biológica de A.M.

– IV –

Tal como pone de resalto el Sr. Defensor Oficial (v. fs. 44/46 de este legajo), el recurso extraordinario intentado en autos presenta varios óbices formales.

Ante todo, observo que al proponer su oposición a la recepción de la medida que impulsa su contraria, la accionante se vale primero de argumentos pertenecientes al ámbito del derecho común y procesal, ajenos en principio a esta instancia extraordinaria (arg. Fallos: 328:4769; 329:4659; 330:2234, 4770, entre muchos otros); tales como que –al estar cerrada la discusión sobre un vínculo al que calificó como consolidado definitivamente–, no debe recibirse prueba en torno a este tópico. Agrega que lo relativo a la paternidad de A.M.P., no puede utilizarse para acreditar el adulterio que se le atribuye.

En lo que atañe a esta faceta, la interesada se ha limitado a invocar la irrevocabilidad del reconocimiento filiatorio y la caducidad de la acción de impugnación rigurosa, que emanarían de los arts. 248, 249, 258 y 259 del Código Civil, elementos éstos que el *a quo* dejó sujetos a eventuales acciones posteriores, por lo que el pronunciamiento impugnado carece, en este punto, de los rasgos de definitividad que subyacen en la doctrina de Fallos: 330:4930, 4936, 5201; 331:293, 1186, 1215 y 1387 (entre muchos otros).

En segundo lugar, respecto de las alegaciones vertidas en torno a la procedencia de la *inspectio corpore*, al posible perjuicio que –de llevarse a cabo el examen– se causaría a la niña, a las implicaciones del estudio en el plano de la intimidad, a las proyecciones que en el área tendría la Convención sobre los Derechos del Niño y a las garantías de igualdad y de defensa en juicio, es menester advertir el carácter presunto y eventual de tales asertos. En efecto, A.M. –afectada directa– aún no ha sido oída, conforme lo disponen los arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 27 de la ley 26.061, aspecto que –interpreto– no podrán soslayar los jueces de la causa, como paso previo a la producción de la medida cuestionada y a la determinación de sus eventuales modalidades, en la hipótesis de práctica concreta de dicho mecanismo probatorio.

En ese contexto, no parece que en la emergencia se haya consumado un gravamen concreto y actual, de insusceptible o insuficiente reparación ulterior, que habilite este remedio de excepción.

Finalmente, sin perjuicio de las contradicciones que señala la accionante en torno a la aplicación del art. 379 del Código Procesal, lo cierto es que la Cámara dio efectivo tratamiento a la cuestión que le llegaba en apelación. La referencia a aquella norma es, en definitiva, una alusión meramente accesorio, que no hace parte esencial de la motivación que prestó base a la sentencia, tal como –por otro lado– resulta claramente de los términos en que fue redactada. Con ello, estimo que ese agravio carece –en el marco de esta causa– de relevancia suficiente como para justificar *per se* la desautorización del pronunciamiento en examen.

En consecuencia, dado que los presupuestos de procedencia formal del recurso extraordinario no pueden, *prima facie*, salvarse a través de la invocación de la doctrina de la arbitrariedad o del desconocimiento de prerrogativas fundamentales, entiendo que dicho recurso no resulta viable (arg. Fallos: 256:474; 298:47; 310:1486; 311:252; 324:354, 533; 325:3476; 327:312,1245 y 2048; S.C. V. N° 148, L. XLII *in re* “Volpi, María Cecilia c/Unión de Bancos Suizos” del 20/3/2007; S.C. P. N° 1532, L. XLII *in re* “Padec Asociación Civil c/Banco de la Nación Argentina” del 5/6/2007; S.C. Q. N° 123, L. XLII *in re* “Queijeiro, María Susana c/Banco Finansur S.A.” del 25/9/2007; y S.C. L. N° 1055, L. XLII *in re* “Lynch, Santiago Alejandro c/Empresas Reunidas” del 30/10/2007).

– V –

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja articulada. Buenos Aires, 25 de junio de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) La señora L. del C. P. de la S. inició el presente juicio de divorcio contra el señor G. E. P. (fojas 51/58).

Al contestar la demanda, el emplazado reconvino por las causas de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. En lo que interesa, sostuvo que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

A fin de acreditar ese hecho, ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense (fojas 103/107).

2º) Dicha medida mereció la oposición de la señora P. de la S. y de la señora Defensora de Menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la cámara confirmó la decisión de grado que entendió procedente su producción (fs. 95).

El *a quo* apoyándose en el dictamen de la representante del Ministerio Público de la anterior instancia, que hizo hincapié en el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalismo de la menor de conocer su verdadera identidad sostuvo que la prueba de ADN solicitada era conducente para el esclarecimiento de la cuestión debatida.

Agregó, que el resultado solo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio de la niña.

3º) Contra esta decisión, la actora interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria origina la presente queja.

La recurrente invoca que el reconocimiento de la niña formulado por el señor P. no se puede revocar, pues el estado de familia que constituyó es inalienable.

En tal sentido, destaca que si el demandado hubiera querido desconocer la paternidad, debería haber intentado la acción de impugnación de la filiación establecida en el artículo 258 del Código Civil, lo que no hizo en tiempo oportuno, ya que al haber tomado conocimiento del parto, el término de un año previsto en el artículo 259 para la caducidad de la acción, debe computarse desde la inscripción del nacimiento.

A renglón seguido, critica el fallo con sustento en que prioriza la realidad biológica (artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño), sobre cualquier otro derecho y afirma que ni el principio de amplitud probatoria ni la Convención de los Derechos del Niño, autorizan a conculcar el derecho a la filiación.

4°) El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final.

En el caso, la apelante ha invocado que la solicitud del cónyuge de la prueba de ADN de una de las hijas, para probar en el juicio de divorcio su adulterio viola el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño. Esta regla constitucional resulta aplicable durante el curso del proceso, pues prescribe que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por lo tanto, resulta ineficaz su tratamiento al momento del fallo último.

5°) Sentado lo anterior, los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).

6°) Cabe revisar entonces, si la alzada ha reparado en la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que podrían ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente “S. C. s/ adopción” (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene –al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias–, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno

y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que la decisión respecto del niño implique un “trauma” para él, debe demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

7º) Otra directriz sentada por esta Corte ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas.

8º) Tales reglas hermenéuticas respecto del “interés superior del niño” (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en estudio.

Ello así, pues si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas.

9º) Sin embargo, la alzada no efectuó el examen que la hermenéutica constitucional le exigía en punto a los efectos que específicamente podía traer aparejada para M. la producción de la prueba en cuestión. Cabe agregar, que según las constancias de la causa nunca se requirió la opinión de la niña que actualmente cuenta con 14 años, pese a que los artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 27 de la ley 26.061, garantizan el derecho de los menores a ser oídos.

Los jueces, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña.

10) Se advierte entonces, que el punto de partida fue equivocado. No eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato bio-

lógico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para M., ello redundaría en un beneficio más que en un perjuicio.

Tal examen requería reparar en las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el planteo, como por ejemplo que la duda respecto de la identidad de la niña ya había sido introducida. Asimismo, exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre.

11) De todo lo dicho, cuadra concluir que, la sentencia dictada por la cámara ha tomado una decisión sin atender a las pautas que esta Corte ha determinado al interpretar el artículo 3.1 y 21, párrafo introductorio de la Convención de los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 321, inciso i, del Código Civil. Es en esa medida que el caso deber ser nuevamente fallado.

Por todo lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó el rechazo de la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial ofrecida por el deman-

dado reconviniente en el juicio de divorcio, la vencida dedujo el recurso extraordinario cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2º) Que al contestar la demanda de divorcio incoada en su contra, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves –anteriores a la reconciliación invocada por su parte–, que imputó a la actora alegando que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

3º) Que para acreditar tal hecho ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense, medida que mereció la oposición de la contraparte y de la Sra. Defensora de Menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la cámara confirmó la procedencia de su producción, al entender que resultaba conducente a los fines de esclarecer la cuestión debatida, y su resultado sólo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio que tenía la menor.

4º) Que en la decisión traída a conocimiento del Tribunal no puede soslayarse una evaluación de las circunstancias que, aunque *prima facie* parecería adelantar opinión sobre aspectos relacionados con la reconciliación de las partes invocada por el demandado, tiene por fin dar preeminencia a la atención de los intereses primordiales de la menor involucrada que requieren que no se la someta injustificadamente a una prueba que puede dejar una huella psicológica que gravite eventualmente sobre su desarrollo personal.

5º) Que en razón de que el objetivo del demandado –padre de la menor según la partida de fs. 49 del juicio principal– no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia.

6º) Que, en esa inteligencia, esta Corte entiende que el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño no puede ser obviado por la aceptación de motivaciones procesales insuficientes para desvirtuar el contenido de una norma que, por corresponder a un tratado inter-

nacional incorporado a la Constitución Nacional (conf. art. 75, inciso 22), debe reconocérsele una jerarquía superior a las propias leyes de la Nación.

7°) Que la solución basada en la prioridad que se asigna a la referida Convención respecto del problema probatorio planteado en la causa, pone de manifiesto la existencia de cuestión federal que autoriza a esta Corte a resolver el problema planteado dando preeminencia al interés superior de la niña, lo que lleva a admitir la oposición a la prueba deducida por su progenitora.

Por ello, oída la Sra. Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **L. del C. P de la S., actora en autos**, con el patrocinio del **Dr. Eduardo Matías Iraola**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 88.**

PANAMERICAN ENERGY LLC SUCURSAL ARGENTINA
c/ PAN AMERICAN ENERGY LLC

HIDROCARBUROS.

Dado que la materia federal en cuestión remite al examen de las facultades que una provincia se irroga para cobrar el canon de una servidumbre constituida sobre tierras fiscales, frente a la gratuidad que a su respecto consagran las disposiciones de la ley 17.319 y el art. 158 del Código de Minería, y en dicho marco, las objeciones que se esbozan a dicho código se vinculan con aspectos atinentes a la política federal en materia de hidrocarburos, en la medida que el régimen especial que la regula exceptúa de ese gravamen a dichas servidumbres, cabe admitir la inhibitoria planteada y declarar la competencia originaria de la Corte, en los términos del art. 117 de la Constitución Nacional, existiendo razones institucionales que imponen aplicar el principio de interpretación restrictiva de dicho precepto constitucional.

—En igual sentido: N. 74 XLIV “Neuquén, Provincia del c/ Chevron San Jorge S.R.L. s/ ordinario, 10/08/2010—.

HIDROCARBUROS.

La tacha de inconstitucionalidad de las normas federales— art. 66 y 67 de la ley 17.319 - Hidrocarburos— y del Código de Minería pretendida por una provincia, y la impugnación a la ley local 2183 pretendida por la empresa adjudicataria —a la cual, invocando una servidumbre hidrocarburífera, aquélla le demanda el pago de una indemnización por rubros diversos derivados de la ocupación y uso de tierras fiscales que le habían sido otorgadas gratuitamente por el Estado Nacional— constituyen una típica cuestión originaria, temperamento que no se ve alterado por la sanción de la ley 26.197, pues no cabe asignarle a sus disposiciones la virtualidad de modificar la competencia del Tribunal en punto a la índole federal de la materia objeto del pleito, máxime cuando el artículo 2º *in fine* mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.

—En igual sentido: N. 74 XLIV “Neuquén, Provincia del c/ Chevrón San Jorge S.R.L. s/ ordinario, 10/08/2010—.

HIDROCARBUROS.

Si el estado local al iniciar demanda ante el juez de primera instancia —en virtud de la cual, invocando una servidumbre hidrocarburífera, le reclama a la empresa adjudicataria el pago de una indemnización por rubros diversos derivados de la ocupación y uso de las tierras que le habían sido otorgadas por el Estado Nacional gratuitamente— declinó el privilegio que le otorga el artículo 117 de la Constitución Nacional, cabe desestimar la inhibitoria planteada, pues el carácter “exclusivo” del que habla dicho precepto, no excluye de manera absoluta la posibilidad de la prórroga a favor de los jueces federales de primera instancia (causa “Flores”, Fallos: 315:2157), incluso si la pretensión está fundada en leyes nacionales, y tratándose de una causa que versa sobre materia federal, la Corte mantiene las atribuciones para revisar dichas cuestiones por vía de su competencia apelada (art. 14 de la ley 48), sin que se adviertan razones institucionales que hagan impostergable su pronunciamiento y sin que se justifique la interpretación restrictiva del citado precepto constitucional en favor de la competencia originaria del Tribunal (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

—En igual sentido: N. 74 XLIV “Neuquén, Provincia del c/ Chevrón San Jorge S.R.L. s/ ordinario, 10/08/2010—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 38/50, se presenta Pan American Energy LLC Sucursal Argentina —PAE—, con domicilio en la Capital Federal, en su condición de

adjudicataria de concesiones otorgadas por el Estado Nacional para la exploración, explotación, transporte y procesamiento de hidrocarburos, en las áreas “Chapúa Este” y “Lindero Atravesado” de la Provincia del Neuquén (v. decretos del P.E.N. 295/98 y 2172/91) y promueve **inhibitoria**, en los términos de los arts. 7, 8, siguientes y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra dicho Estado local, a fin de que V.E. declare su competencia originaria en la causa “Provincia del Neuquén c/ Pan American Energy LLC s/ Ordinario” (Expte. 121/04), que tramita ante el Juzgado Federal de la Ciudad del Neuquén, con fundamento en que es parte una Provincia en un asunto de naturaleza federal: **hidrocarburos** (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional) y, en consecuencia, solicite su remisión al Tribunal.

– II –

Manifiesta que dicha causa comenzó con la demanda que la Provincia le entabló para obtener el pago de la indemnización por **servidumbre hidrocarburífera** prevista en la ley local 2183, en el art. 100 de la Ley de Hidrocarburos 17.319 y en el decreto del P.E.N. 861/96, en concepto de “**uso y ocupación permanente de tierras**”, que son de dominio originario del Estado local. También se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los **arts. 66 y 67** de la ley federal 17.319 y del **art. 158 del Código de Minería**, con fundamento en que violan lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución Nacional, reformado en 1994, en el que fundan la demanda.

Añade que tales áreas le fueron otorgadas **en forma gratuita** por el Estado Nacional en su calidad de Concesionario, por aplicación de lo previsto en el **art. 66** de la ley 17.319 –de carácter federal– y en el **art. 158 del Código de Minería**. Por ello, afirma que las cuestiones que se debaten en dicho proceso giran sustancialmente en torno a la aplicabilidad de esas normas, las cuales –a su entender–, en virtud del principio de supremacía previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional, resultan preponderantes sobre las leyes provinciales que se le pretenden aplicar, que le obligan a pagar por la utilización de las tierras y por el control y vigilancia local sobre la actividad hidrocarburífera federal que desarrolla.

Asimismo, afirma que la ley local 2183 es inconstitucional, pues **interfiere** con la potestad exclusiva y excluyente del Gobierno Federal de legislar en materia de hidrocarburos, según lo dispuesto en el **art. 75, inc. 12**, de la Ley Fundamental y en el decreto del P.E.N. 546/03, cir-

cunstancia que también asigna manifiesto contenido federal a la materia del pleito, lo que ha sido expresamente reconocido por la Provincia del Neuquén al promover la demanda ante el fuero federal.

Por otra parte, señala que dicho carácter y la vigencia de la ley 17.319 no se han visto afectados –a su modo de ver– por lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, precepto que, si bien reconoce **el dominio** de las provincias sobre los recursos naturales ubicados dentro de sus territorios, no sustrae **la jurisdicción** sobre ellos, entendido como la facultad de reglar las relaciones jurídicas que nacen del uso y aprovechamiento de los recursos naturales, lo cual corresponde a la órbita de competencia exclusiva del Congreso de la Nación pues, de lo contrario, el constituyente habría reformado el art. 75, inc. 12, que así lo prescribe y que sin embargo continúa vigente.

Concluye así, que lo decisivo para determinar la atribución constitucional **de regular** sobre un determinado bien no es su titularidad sino la competencia para ese fin otorgada por la propia Ley Fundamental, en el caso, al Gobierno Nacional.

Indica, además, que, dada la naturaleza federal de las normas sobre hidrocarburos, un organismo del Estado Nacional –la Secretaría de Energía– es el que interviene, por mandato de la ley 17.319, como autoridad de aplicación de ese régimen (arts. 97 y 98).

Finalmente, pone de resalto que, del Pacto Federal sobre Hidrocarburos –celebrado el 14 de noviembre de 1994, por el cual la Nación y las provincias, entre ellas la del Neuquén, por el que aprobaron el proyecto de ley que adapta y perfecciona la ley 17.319–, se desprende su esencia federal, reiterándose asimismo que es facultad exclusiva del Congreso Nacional sancionar este tipo de leyes, en virtud de su prerrogativa para reglar el comercio de las provincias entre sí, además de proveer lo conducente a la prosperidad del país.

A fs. 50 vta., se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A mi modo de ver, la causa cuya inhibitoria se solicita corresponde a la competencia originaria de la Corte, según los arts. 116 y 117 de la

Constitución Nacional y 24, inc. 1° del decreto 1285/58, por ser parte una Provincia en un pleito de exclusivo contenido federal: desentrañar el sentido y los alcances de normas federales, para determinar a quien le corresponde la potestad de regulación en materia de hidrocarburos (v. especialmente dictamen de este Ministerio Público del 2 de octubre de 2002, *in re* Y. 91, XXXVIII, Originario “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c/ Río Negro, Provincia de s/ Acción de inconstitucionalidad”, que fue compartida por V.E. en su sentencia del 20 de marzo de 2003, cons. 2°, publicada en Fallos: 326:880).

En efecto, en el requerido proceso el Estado local demanda, ante el Juzgado Federal del Neuquén, a una sociedad con domicilio en la Capital Federal y pretende que se le paguen las indemnizaciones previstas en leyes locales, que van en contra de lo dispuesto en leyes nacionales, a cuyo fin solicita que se declare la inconstitucionalidad de estas últimas –como los arts. 66 y 67 de la Ley Federal de Hidrocarburos y 158 del Código de Minería). También pretende que se dilucide la inteligencia que debe otorgarse al art. 124 de la Constitución Nacional después de la reforma de 1994.

En consecuencia, es mi parecer que corresponde asignar naturaleza federal a la materia sobre la que versa el pleito, en tanto para solucionar la cuestión el juez interviniente deberá, en forma ineludible, interpretar esos preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resulta esencial para la justa solución de la controversia (doctrina de Fallos: 311:2154, cons. 4°; 314:1076; 326:880, entre muchos otros).

Por otra parte, cabe recordar que las Provincias sólo pueden litigar ante sus propios jueces, según lo establecen los arts. 121, 122, 124 y concordantes de la Ley Fundamental (Fallos: 314:94; 320:217) o, en su defecto, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con el art. 117 (Fallos: 311:1812; 313:144; 326:1198, entre otros).

Y ello es así puesto que, en principio, la justicia federal de grado resulta incompetente en dichos supuestos, a no ser que se presenten algunas de las hipótesis previstas en Fallos: 315:2157, *in re* “Flores” –precedente que admitió la prórroga de la competencia originaria de la Corte, **salvo que existan razones institucionales o federales o conflicto entre la Nación y la provincia, que obliguen a aplicar un principio de interpretación restrictiva, como el que surge del art. 117 de la Constitución Nacional** y, en mi criterio, dicha circunstancia se da en este proceso.

Pienso que no obsta a lo expuesto lo declarado por la Corte *in re* T. 271, XL, Originario “Tercpetrol S.A. s/inhibitoria” y T. 612, XL, Originario “Total Austral S.A. s/ inhibitoria”, sentencias del 17 y 31 de mayo de 2005, respectivamente, toda vez que el rechazo por V.E. de las inhibitorias allí planteadas se debió, en el primero de dichos casos, a que se trataba de la ejecución de un tributo local por la Provincia del Neuquén sobre la base de un título ejecutivo librado a raíz de actos administrativos dictados en el procedimiento de determinación de oficio por autoridades locales y, en el segundo, de un amparo iniciado por la provincia con relación al mismo tributo, circunstancias que no concurren en la especie.

En tales condiciones, opino que el Tribunal debe hacer lugar a la inhibitoria solicitada, declarar su competencia en la causa y requerir a la justicia federal de la Provincia del Neuquén que le remita los autos. Buenos Aires, 8 de septiembre 2005. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 38/50 Panamerican Energy LLC Sucursal Argentina plantea la inhibitoria del juez a cargo del Juzgado Federal de la ciudad de Neuquén, para entender en la causa “Provincia del Neuquén c/ Pan American Energy LLC s/ordinario” (expte. N° 121/2004), en la cual ese Estado provincial persigue que la peticionaria le pague los derechos correspondientes por el uso que hace de tierras fiscales en virtud de las concesiones de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos que le fueron otorgadas a la empresa en las áreas Chapúa Este y Lindero Atravesado, al amparo de normas federales. La provincia fundamenta esa demanda en la ley local 2183; en el artículo 100 de la ley de hidrocarburos 17.319, el artículo 7º de la ley 21.778, y el decreto nacional 861/96.

Relata que sobre la base de la figura de la servidumbre hidrocarbúrfica, la Provincia del Neuquén le demanda el pago de una indemnización por rubros diversos derivados de la ocupación y uso de las tierras, que le habían sido otorgada por el Estado Nacional en forma gratuita. Asimismo, observa que la provincia solicita en esas actuaciones la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 66 y 67 de la ley 17.319 y del artículo 158 del Código de Minería, que establecen que el uso de tierras fiscales por los titulares de concesiones otorgadas por la autoridad federal es gratuito.

Sostiene que la ley local 2183 es inconstitucional pues interfiere en la potestad exclusiva y excluyente del Gobierno Federal de legislar en materia de hidrocarburos, según lo dispuesto en el artículo 75, inciso 12 de la Ley Fundamental.

Afirma que el carácter federal y la vigencia de la ley 17.319 no han sido alterados por lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución Nacional, precepto que a partir de la reforma de 1994, si bien reconoce el dominio de las provincias sobre los recursos naturales ubicados dentro de su territorio, no sustrae la jurisdicción que sobre ellos ejerce el Congreso de la Nación.

2º) Que a fs. 52/55, el señor Procurador Fiscal subrogante sostiene –en base a los precedentes que cita y los fundamentos que expresa en su dictamen– que la cuestión federal es exclusiva en la causa por lo que corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

3º) Que en el precedente de Fallos: 306:1363, el Tribunal tuvo oportunidad de señalar que “...el presupuesto necesario de la competencia federal... *ratione materiae* estriba en que el derecho que se pretende hacer valer esté directa e inmediatamente fundado en un artículo de la Constitución, de la ley federal o de un tratado (v. Fallos: 10:134; 43:117; 55:114 (...) 302:1325...)”; de manera que una causa es de las especialmente regidas por la Constitución a las que alude el artículo 2, inciso 1º de la ley 48 si está en juego la inteligencia de una cláusula constitucional (Fallos: 28:93), y es parte una provincia (Fallos: 97:177; 183:160; 211:1162 y sus citas; 271:244 y sus citas; 286:198; 310:877; 311:810; 314:495; entre otros).

4º) Que en el *sub lite* la materia federal remite al examen de las facultades que la Provincia del Neuquén se irroga para cobrar el canon de una servidumbre constituida sobre tierras fiscales, frente a la gratuidad que a su respecto consagran las disposiciones de la ley 17.319 y el art. 158 del Código de Minería. En ese marco, las objeciones que se esbozan a dicho código se vinculan con aspectos atinentes a la política federal en materia de hidrocarburos, en la medida que el régimen especial que la regula exceptúa de ese gravamen a dichas servidumbres, definición cuyo acierto o error será valorado al momento de dictar la sentencia definitiva.

En tal sentido cabe poner de resalto que la materia federal predominante resulta de la reserva del diseño de la política hidrocarburífera a nivel federal, por ser la explotación del petróleo y sus derivados una cuestión de política industrial y económica de significación para todo el país. Ello se sostiene en el criterio seguido por el Tribunal según el cual cuando la alegada conducta de las autoridades provinciales invade un ámbito que podría ser considerado propio a la Nación, la acción se halla entre las regidas por la Ley Fundamental –conforme el recordado artículo 2º, inciso 1º de la ley 48– ya que versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las provincias argentinas y el gobierno federal (Fallos: 322:2624); si a ello se une que la inconstitucionalidad de las leyes y decretos nacionales constituye una típica cuestión federal, la competencia originaria de la Corte para entender en la acción incoada queda confirmada (conf. arg. Fallos: 329:4829).

5º) Que, por ende, tal como ha sido planteada la cuestión, y teniendo en cuenta el nítido interés federal que abarca el tema que deberá resolver el Tribunal al dictar sentencia, la presente causa debe tramitar en su instancia originaria, en los términos del art. 117 de la Constitución Nacional. Existen, asimismo, razones institucionales que imponen aplicar un principio de interpretación restrictiva de dicho precepto constitucional (Fallos: 315:2157, considerando 3º y doctrina de Fallos: 331:793, considerandos 6º y 7º).

6º) Que, asimismo la tacha de inconstitucionalidad de las normas federales y del Código de Minería pretendida por la provincia –con los alcances esgrimidos en el proceso cuya inhibitoria se requiere– y la impugnación a la ley local 2183 por parte de la empresa adjudicataria, constituyen según la doctrina de esta Corte una típica cuestión originaria (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244; 311:810 y sus citas; 315:2956).

7º) Que el temperamento que se adopta no se ve alterado por la sanción de la ley 26.197, pues no cabe asignarle a sus disposiciones la virtualidad de modificar la competencia del Tribunal en punto a la índole federal de la materia objeto del pleito según ha sido examinado, máxime cuando su artículo 2º *in fine* mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: I. Admitir la inhibitoria planteada y, en consecuencia, declarar la competencia originaria para entender en la causa “Provincia del Neuquén *c/* Pan American Energy LLC *s/* ordinario”; II. En mérito a lo decidido, y de conformidad con la previsión contenida en el artículo 9 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, líbrese oficio al juez interviniente, acompañando testimonio del escrito en el que se ha planteado la inhibitoria y de esta resolución, a fin de que remita las actuaciones para su ulterior tramitación por ante la Secretaría de Juicios Originarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese esta decisión por Secretaría y líbrese el oficio pertinente. Envíese copia de esta decisión al señor Procurador General de la Nación.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que el infrascripto se remite a los considerandos 1º a 4º del voto de la mayoría, que se dan por reproducidos en razón de brevedad.

5º) Que, por ende, tal como ha sido propuesta la cuestión sometida a conocimiento de esta Corte, y teniendo en cuenta el claro interés federal que abarca el tema que deberá resolver el Tribunal al emitir el fallo, la presente causa debe tramitar en su instancia originaria, conforme lo establece el art. 117 de la Constitución Nacional. Corresponde así

interpretarlo en tanto las leyes 17.319, 24.145 y 26.197, y las disposiciones del Código de Minería en su relación con ella, conforman un sistema normativo de regulación de los hidrocarburos con base en el artículo 124 *in fine* de la Constitución Nacional.

En tales condiciones es claro que, como lo destaca el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen que antecede, lo medular del planteo remite necesariamente a desentrañar el sentido y alcance de dicha cláusula constitucional y de los preceptos a ella vinculados, cuya adecuada hermenéutica resulta esencial para la solución de la controversia (doctrina de Fallos: 314:1076 y 326:880, ver fs. 54).

6°) Que, asimismo la tacha de inconstitucionalidad de las normas federales y del Código de Minería pretendida por la provincia –con los alcances esgrimidos en el proceso cuya inhibitoria se requiere– y la impugnación a la ley local 2183 por parte de la empresa adjudicataria, constituyen según la doctrina de esta Corte una típica cuestión originaria (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244; 311:810 y sus citas; 315:2956).

7°) Que el temperamento que se adopta no se ve alterado por la sanción de la ley 26.197, pues no cabe asignarle a sus disposiciones la virtualidad de modificar la competencia del Tribunal en punto a la índole federal de la materia objeto del pleito según ha sido examinado, máxime cuando su artículo 2° *in fine* mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: I. Admitir la inhibitoria planteada y, en consecuencia, declarar la competencia originaria para entender en la causa “Provincia del Neuquén c/ Pan American Energy LLC s/ ordinario”; II. En mérito a lo decidido, y de conformidad con la previsión contenida en el artículo 9 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, líbrese oficio al juez interviniente, acompañando testimonio del escrito en el que se ha planteado la inhibitoria y de esta resolución, a fin de que remita las actuaciones para su ulterior tramitación por ante la Secretaría de Juicios Originarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese esta decisión por Secretaría y líbrese el oficio pertinente. Envíese copia de esta decisión al señor Procurador General de la Nación.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Por razones de brevedad, doy por reproducidos los considerandos 1º a 4º del voto mayoritario.

5º) No obstante lo expuesto, corresponde desestimar la inhibitoria planteada.

Se trata, como se ha visto precedentemente, de una causa que corresponde a la jurisdicción federal por razón de la materia y la parte demandada ha fundado su solicitud de inhibitoria en que la competencia originaria de la Corte procede por el hecho de ser parte una provincia. Sin embargo, la Provincia del Neuquén, al iniciar la demanda ante el juez federal de primera instancia, ha declinado el privilegio que le otorga el artículo 117 de la Constitución Nacional. Cabe recordar, que el carácter “exclusivo” del que habla dicho precepto, no excluye de manera absoluta la posibilidad de la prórroga a favor de los jueces federales de primera instancia (Fallos: 315:2157, “Flores”), incluso si la pretensión está fundada en leyes nacionales (Fallos: 331:793).

Por otro lado, al tratarse de una causa que, en aspectos centrales, versa sobre materia federal, esta Corte mantiene las atribuciones para revisar tales cuestiones por vía de su competencia apelada (artículo 14, de la ley 48) y, contrariamente a lo postulado por el señor Procurador Fiscal subrogante, no se advierte cuáles serían las razones institucionales que harían impostergerable su pronunciamiento. Por lo tanto, en el presente caso no se encuentra justificada la interpretación restrictiva del citado artículo 117 de la Constitución Nacional en favor de la competencia originaria del Tribunal y en contra de la prórroga operada.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se resuelve desestimar la inhibitoria planteada. Notifíquese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Nombre del actor: **Provincia del Neuquén.**

Nombre del demandado: **Panamerican Energy LLC Sucursal Argentina.**

Profesionales intervinientes: **Dres. Fallon y Romano.**
Ministerio público: **Ricardo O Bausset.**

M. R. G. L.

INSANIA.

Si la causante vive alejada casi setecientos kilómetros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dicha notable distancia física constituye una realidad que supera ampliamente al texto del art. 405 del Código Civil ya que se caería en el dispendio de duplicar intervenciones jurisdiccionales y se obstruiría el control directo propio de la función del juez de la insania, por lo que corresponde declarar la competencia de la justicia de Bahía Blanca, así como también –y ante los múltiples y serios defectos en los que se ha incurrido en el curso del expediente y el profundo deterioro que ha sufrido la persona– disponer que el tribunal competente deberá adoptar –con carácter urgente– las medidas que resulten necesarias para salvaguardar la integridad psicofísica y patrimonial de la causante.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los jueces del Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 y del Tribunal de Familia N° 1 de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, discrepan en torno a la competencia para entender en este proceso (v. fs. 274/275 y 282/283).

En tales condiciones, se suscita una contienda que debe resolver a V.E., de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58 (texto según ley 21.708).

– II –

En la especie, la causante vive desde 1995 en Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, alejada casi setecientos kilómetros de esta ciudad autónoma.

Ese hecho torna aplicable, según estimo, el criterio que sustenté al expedirme *in re* S.C.Comp. 107, L.XIV, “P., O.M.T s/insania y curatela” (resuelto de conformidad con fecha 26 de agosto de 2008). Es que, como señalé en ese dictamen, aquella notable distancia física constituye una realidad que supera ampliamente al texto del art. 405 del Código Civil. De ahí que –de ceñirnos ciegamente a la letra de dicho precepto, soslayando esa circunstancia objetiva de peso innegable–, se caería en el dispendio de duplicar intervenciones jurisdiccionales, a propósito del cumplimiento de las revisiones periódicas (exámenes médicos, encuestas ambientales y rendiciones de cuentas). Y, fundamentalmente, se obstruiría el control directo propio de la función del juez de la insania, poniéndose en crisis la agilidad –incluso, la urgencia impostergable–, con que deben solventarse ciertas vicisitudes propias de la enfermedad mental y de la vida misma de la incapaz.

En concordancia con esa línea de pensamiento, toda vez que M.R.G.L. reside establemente en la localidad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, encuentro aconsejable que, propendiendo a una mayor eficacia de la actividad tutelar, sea el Tribunal de Familia N° 1 de dicha ciudad, el que lleve adelante la pertinente tarea protectoria.

– III –

Por último, sin perjuicio del motivo concreto por el que llegan los autos a esta instancia, me he de permitir manifestar mi preocupación por los múltiples y serios defectos en los que se ha incurrido en el curso de este expediente. Su lectura pone en evidencia el profundo deterioro que ha sufrido esta persona –aquejada por una enfermedad neurológica de base (epilepsia)– quien al comenzar la intervención judicial, contaba sólo con veinticuatro años de edad.

Observo, en efecto, que desde el año 1994 se tiene noticia de que M.R.G.L. es titular de una pensión (v. fs. 83/85), pero no se han hecho diligencias consistentes para asegurar efectivamente que ese dinero sea empleado en su beneficio. Tampoco se gestionó la cobertura de la pertinente obra social, ni se implementó su participación y la inclusión en programas de esa u otras entidades, a pesar de la extrema precariedad sanitaria y económica en la que está inmersa la enferma, según dan cuenta en forma patente las constancias que tengo a la vista.

No obstante la premura propia de la actividad cautelar, se inscribió tardíamente la inhibición general de bienes decretada a fojas 18 (v.

fs. 43 y vta.), y no se instó la reinscripción, por lo que ésta caducó, sin que se haya saneado la omisión con un nuevo decreto cautelar (art. 207 segundo párrafo del Cód. Procesal). La sentencia se habría anotado ante la autoridad electoral por iniciativa del Registro de Incapaces (no obra en autos la toma de razón), a la inversa de lo que aconteció con el doble asiento en el Registro Civil, pues se había firmado la comunicación respectiva antes de que la interdicción quedara firme (v. fs. 52, 86 vta., 151, 153/154 y 179/180).

En ese derrotero de desamparo personal y patrimonial, se designó como representante legal de M.R.G.L. a su madre y se la autorizó a llevarla consigo, sin una previa evaluación y a despecho de los antecedentes reunidos desde un inicio, que imponían adoptar provisiones especiales (entre ellos, las manifestaciones de la propia enferma –v. esp. fs. 6 y 8–). Posteriormente, se mantuvo a la Sra. N. E. R. en el cargo, ignorando las alarmantes deficiencias en su desempeño, que han puesto en peligro la indemnidad psicofísica de su curada.

El trámite permaneció paralizado por extensísimos períodos, haciéndose caso omiso del deber de impulso oficioso, máxime frente a los certeros indicadores de riesgo que rodean al caso.

No se dispuso ninguna acción concreta tendiente a impedir los padecimientos a los que está sometida la insana, y de los que –en forma harto elocuente– vienen advirtiendo, desde hace once años, las licenciadas Dinoto y Stickar (v.fs. 162/164, 225/226 y 262/265). Así, en marzo de 2002 y agosto de 2009, se hizo saber al tribunal que aquella permanece encerrada con llave en su domicilio, sola, sin ropa, sin higiene, con signos visibles de bajo peso. Su salud empeoró a tal punto, que padece de incontinencia urinaria y está postrada desde el año 2007 aproximadamente, sin atención médica.

Llama la atención que el Ministerio Público de la Defensa y el tribunal hayan ignorado tan contundentes hallazgos, absteniéndose de formular la estrategia de contención que reclamaban las circunstancias. Más aún, en oportunidad de darse vista a la Sra. Defensora de Menores, con motivo del informe ambiental mencionado en último término, dicha magistrada ponderó la “...**excelente adaptación del causante a su actual lugar de residencia y contención por parte de su familia...**”; y, en tal virtud, sugirió que las actuaciones

fueran remitidas para su ulterior tramitación a Bahía Blanca (v. fs. 270).

Nada se ha hecho, en suma, para que se respeten los estándares mínimos que supone la dignidad de la persona humana.

Tampoco hay constancias de que, fuera de Brian Gutierrez, se haya indagado sobre el destino de los hijos menores ni provisto a la organización de su tutela (arg. art. 480 del Código Civil). En ese orden, se ignora el contenido de las actuaciones de las que da cuenta la pieza de fs. 144.

Todo lo dicho devela, a mi juicio, una marcada inobservancia de garantías de jerarquía superior, que hacen tanto al debido proceso, como a la custodia y promoción activa de los derechos fundamentales de los discapacitados mentales, mandatos todos ellos de fuente constitucional y supranacional que comprometen la responsabilidad jurisdiccional de modo perentorio (conf. criterio expuesto en los precedentes “Tufano” y “R., M.J.”).

En consecuencia, frente a lo comprometido del panorama descripto, creo imprescindible recomendar que con **suma urgencia**:

(i) se tomen, ante todo, medidas de resguardo inmediato, en salvaguarda de la integridad física de la insana;

(ii) se realice una evaluación socio-ambiental y médica rigurosa, exhaustiva e integral;

(iii) en base a sus conclusiones, se adopten los recaudos para asegurar a la causante condiciones estables de vida digna, y un tratamiento que dé respuesta adecuada a los requerimientos de su estado de salud (a nivel nutricional, neurológico, psiquiátrico, motriz, etc.).

(iv) se revise la representación legal actual y se provea una curatela responsable;

(v) en el futuro, se efectúe un estrecho seguimiento, tomando el juez actuante contacto personal periódico con M.R.G.L.;

(vi) se decrete y anote *sine die* la inhibición general de bienes;

(vii) se esclarezca la composición y situación de la prole. Buenos Aires, 18 de mayo de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal y por el señor Defensor Oficial ante esta Corte, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Tribunal Colegiado de Instancia Unica del Fuero de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Este tribunal deberá adoptar –con carácter urgente– las medidas que resulten necesarias para salvaguardar la integridad psicofísica y patrimonial de la causante. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

U.T.H.G.R.A. c/ SUPERMERCADOS CALIFORNIA S.A.

PERSONERIA GREMIAL.

Si no se trata de una contienda de encuadramiento sindical, entendida como un conflicto de representación entre dos entes con personería gremial, sino de una controversia de “encuadramiento convencional”, no se recurre un acto administrativo definitivo referido a una contienda intersindical de representación que habilite la competencia originaria de la Cámara de Apelaciones del Trabajo –que debe ser interpretada restrictivamente– sino que se trata de un conflicto colectivo de trabajo cuya demanda debe tramitar ante la jurisdicción laboral or-

dinaria en los términos de lo normado por la ley 25.877 –art. 20, inc. e)– en que se fundó el reclamo.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Magistrado a cargo del Juzgado Federal de Posadas, Provincia de Misiones, se declaró incompetente para entender en la acción de encuadramiento convencional entablada por la Unión de Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina, contra Supermercados California S.A., con fundamento en lo normado por el artículo 62, inciso b) de la Ley 23.551, y la remitió a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –v. fs. 239–.

A su turno, los integrantes de la Sala V, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se declararon también, incompetentes para entender en las actuaciones. Para así decidir, sostuvieron que la acción no se encontraba comprendida en lo prescripto por la citada normativa, por tratarse de un encuadramiento convencional, y no de un encuadramiento sindical, conforme entendiera el juez local.

En tales condiciones quedó trabado un conflicto de competencia que corresponde dirimir a V.E. en los términos del artículo 24, inciso 7º, del decreto-ley 1285/58, texto según Ley Nº 21.708.

– II –

Debo señalar, en primer término, que, como lo tiene reiteradamente dicho V.E. en casos análogos, a los fines de dilucidar cuestiones de competencia, ha de estarse en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda, y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de su pedido –v. Fallos: 306:368; 312:808, entre otros–.

En lo que aquí interesa, corresponde señalar que la Unión de Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina, inició acción de encuadramiento convencional contra Supermercados California S.A., y peticionó la aplicación de sanciones a la empresa, por

encuadramiento erróneo de su personal. Fundó su pedido en lo normado por las Leyes 24.642, 25.877 y 23.551, C.C. 125/90 y C.C. 389/04 –v. fs. 217/236–. Posteriormente, y ante la declaración de incompetencia del Magistrado local, la actora solicitó la recaratulización del expediente, en razón de haberse consignado en su carátula que la acción impetrada correspondía a un encuadramiento sindical, cuando lo que se peticionó en el escrito de inicio, fue el correcto encuadramiento convencional del personal de la demandada –v. fs. 249/251 y 217/236–.

En dicho marco, y tal como lo consigna el demandante, no nos encontramos ante una contienda de encuadramiento sindical, entendida como un conflicto de representación entre dos entes con personería gremial, sino frente a una controversia de “encuadramiento convencional”, que concierne a la norma emergente de la autonomía colectiva destinada a regir los contratos individuales de trabajo, por lo que estimo, le asiste razón a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en cuanto se inhibió de entender por no encontrarse la acción comprendida dentro del procedimiento establecido por los artículos 59 y concordantes de la Ley 23.551.

En efecto, de las actuaciones no resulta que se recurra un acto administrativo definitivo referido a una contienda intersindical de representación, que habilite la competencia originaria de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, la que por la naturaleza de la cuestión debatida debe ser interpretada restrictivamente, desde que la solución de la Justicia de Posadas, importaría extender la competencia de la Alzada a un supuesto no contemplado expresamente en la norma aplicable, en desmedro del principio de la doble instancia.

A mi entender, nos encontramos ante un conflicto colectivo de trabajo cuya demanda, debería tramitar ante la jurisdicción laboral ordinaria, en los términos de lo normado por la Ley 25.877 –art. 20, inc. e)–, en que se fundó el reclamo –v. fs. 221 vta., 225, 228 vta.–.

No obsta a ello, la circunstancia de que no haya participado en la contienda la justicia local ordinaria cuya intervención propicio, toda vez que es facultad de V.E. determinar la competencia del juez que realmente la tiene –v. Fallos: 311:102; 312:1623; 313:505; 322:2896 y 3271, entre muchos otros–.

– III –

Por ello, opino que corresponde dirimir la contienda disponiendo que las actuaciones continúen su trámite ante el tribunal laboral pro-

vincial competente. Buenos Aires, 4 de marzo de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia local de la Provincia de Misiones, a cuyo fin, remítanse las actuaciones al superior tribunal de justicia de dicha jurisdicción local. Hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo de Posadas y a la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA
— E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VIVIANA MARIA MORROW DE ALBANESI, Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL –
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO
INTERNACIONAL Y CULTO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Cabe confirmar la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, frente a los damnificados indirectos por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial –cónyuge y padre de los reclamantes–, pues se encuentra probado que el cruce del animal no fue la causa de los daños reclamados, sino la excesiva velocidad con que el funcionario conducía y que tales condiciones eran inadecuadas para llevar a destino a los pasajeros del vehículo, por lo que prestó servicio en forma irregular.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Cabe declarar desierto el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial, en relación a los montos indemnizatorios y la imposición de costas, pues el recurrente se limita a efectuar apreciaciones genéricas pero no controvierte las motivaciones principales tenidas en cuenta por la cámara –referente a los males padecidos y al duro impacto económico que habría sufrido la familia al prescindir de la fuente de ingresos que representaba el padre de familia para fijar las indemnizaciones en concepto de daño patrimonial y daño moral.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Cabe revocar la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial, en cuanto incluyó el crédito en el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344, pues en el caso de la privación del derecho a la vida, la restitución al statu quo ante resulta imposible y, por ello, la reparación a que alude el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo puede asumir la forma de una indemnización sustitutiva, debiendo el Estado Argentino abonar el resarcimiento en efectivo, en dólares o su equivalente en pesos al tipo de cambio correspondiente.

–Del precedente “Mesquida” (Fallos: 329:5382) - Disidencia parcial del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, y del precedente “Petryszyn” (Fallos: 331:2745) - Voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, a los que la Corte que remite–.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Resulta inaceptable la intención del Estado que, mediante la invocación de prerrogativas fundadas en la emergencia, pretende reparar la privación de una vida mediante una indemnización pagadera en bonos de deuda pública, por cuanto la dilación en su cancelación que ello supone implica, en la práctica, dejar sin remedio legal efectivo a los derechohabientes de la persona cuya existencia se ha extinguido por responsabilidad de aquél, razón por la cual corresponde declarar la inconstitucionalidad del régimen de consolidación previsto en la ley 25.344 en su aplicación al caso (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Al examinarse si el texto de la ley 25.344 revela la voluntad del legislador de incluir en el régimen de consolidación las deudas que se originan en la obligación del Estado de resarcir daños como la pérdida de una vida, cabe interpretar, en consonancia con el mandato constitucional de protección de tal derecho y el

consiguiente deber de reparar su pérdida (art. 75, inc. 22 y concordantes de la Constitución Nacional), que el Estado ha contemplado un remedio legal efectivo en el art. 18, 2º párrafo, de la ley 25.344, lo que autoriza a excluir esta hipótesis del régimen de consolidación de la deuda pública (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

–De su disidencia parcial en el precedente “Mesquida” (Fallos: 329:5382), al que remite–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial, en cuanto incluyó el crédito en el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344, resulta inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia parcial de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 17 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto s/ daños y perjuicios”, y los recursos de hecho deducidos por la demandada en la causa M.339.XLIII y por la actora en la causa M.790.XLIII”.

Considerando:

1º) Que la señora Viviana María Morrow –viuda de Albanesi– promovió demanda, por sí y como cesionaria de los derechos de su hijo Guillermo José y en su carácter de representante legal de sus dos hijas menores, contra el Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto– con el objeto de que se lo condenara al pago de una indemnización por daño material y moral derivado de la muerte de su esposo y padre de sus hijos.

Alegó que dicho fallecimiento fue consecuencia de un accidente ocurrido en la República del Paraguay el día 6 de junio de 1997, en

ocasión en que uno de los vehículos que se dirigía al aeropuerto –para acompañar al entonces Canciller Guido Di Tella– en una comitiva oficial hizo una maniobra para evitar un animal que cruzaba en la autopista, chocó contra una columna y dio un vuelco que resultó mortal para los señores Francisco Javier Castromán –diplomático argentino que conducía el automóvil– y Roberto Antonio Albanesi.

Con sustento en esas circunstancias fácticas, la parte actora reclamó el pago de las sumas de (i) \$ 66.000 en concepto de remuneraciones no abonadas al señor Albanesi por la Cancillería durante los meses de agosto de 1996 a junio de 1997, período durante el cual se habría desempeñado como consultor contratado a fin de elaborar e implementar el “Programa Binacional de Desarrollo Fronterizo entre la República del Paraguay y la República Argentina”, (ii) \$ 1.440.000 en concepto de valor vida, (iii) \$ 800.000 en concepto de daño moral. Más intereses y costas.

Fundó la responsabilidad del Estado, con apoyo normativo en el artículo 1113 del Código Civil, en la obligación de resarcir que tiene el principal por “los daños que causaren los que están bajo su dependencia” (el conductor del automóvil en el que viajaba el señor Albanesi), o “por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado” o por “el riesgo o vicio de éstas” (el referido automóvil). Y explicó que la cosa de que se servía el Estado “para trasladar al causante al aeropuerto, riesgosa por sí misma, le imponía al conductor el deber de estar atento a las contingencias del tránsito y de la ruta. Cualquiera que haya sido la razón de su omisión no libera al Estado de su responsabilidad refleja” (fs. 324).

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al modificar en algunos aspectos la sentencia de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda.

Para así decidir el tribunal *a quo* consideró que, si bien el señor Albanesi preparó y ofició un “proyecto”, su trabajo no estuvo bajo la subordinación de funcionarios de la Cancillería. Estimó que “su remuneración como coordinador general estaba sujeta a la aprobación del proyecto” y que “[C]omo el trágico accidente sucedió antes [de dicha aprobación], no se concretó esa condición” (fs. 1337 vta.). Agregó que Albanesi había integrado la delegación argentina en las reuniones de preparación del proyecto como técnico pero “no tenía la condición de

dependiente ni de funcionario de planta permanente” y tampoco lo unía con el Estado un contrato de locación de servicios. Concluyó que “en todo caso (...) la relación puede asimilarse a una locación de obra sujeta a la aprobación de financiación” (fs. 1337 vta.). Sobre la base de estas consideraciones, la cámara revocó la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó al Estado pagar la suma de \$ 27.000 en concepto de remuneraciones no abonadas.

Más allá de ello, el *a quo* condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente, responsabilidad que fundó en el artículo 1113 del Código Civil. En este sentido, la cámara estableció que el Estado es responsable “frente a los damnificados indirectos por los daños derivados de la trágica muerte de Roberto Antonio Albanesi mientras formaba parte de la comitiva oficial que acompañó al ex Canciller Don Guido Di Tella hacia el aeropuerto internacional de Asunción del Paraguay (...). El fundamento jurídico de esta responsabilidad se halla en el artículo 1113 del Código Civil, primera parte: la obligación de responder del principal por el daño que causare quien está bajo su dependencia, con motivo del cumplimiento de las funciones, en el caso, oficiales” (fs. 1137 vta.).

La cámara disminuyó los montos otorgados por el magistrado de primera instancia en concepto de daño patrimonial a la esposa y a los hijos Guillermo José y V. I. fijando las sumas de \$ 180.000, \$ 90.000 y \$ 90.000 respectivamente. En cuanto al monto determinado para este rubro a favor de la hija C. I., confirmó la suma de \$ 100.000. Respecto del daño moral, condenó al demandado al pago de \$ 80.000 para la viuda e idéntica suma para cada uno de los hijos.

Finalmente, el *a quo* aplicó el régimen de consolidación de deudas en tanto de la causa no surgiría “una situación que pueda asimilarse a los extremos que fundan la situación de excepción [a la consolidación]” (fs. 1339 vta.) y distribuyó las costas de la segunda instancia en un 70% a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de la actora.

3º) Que contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 1349/1350 vta.) y recurso extraordinario (fs. 1363/1383 vta.). Por su parte, tanto la actora como la Defensora Oficial –en representación de los intereses de la menor C. I.– interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1351/1359 y 1385/1385 vta.).

4º) Que a fs. 1387/1387 vta. la cámara concedió el recurso ordinario de apelación y declaró formalmente inadmisibles el recurso extraordinario interpuesto por el demandado. Por su parte, a fs. 1411/1411 vta. el *a quo* rechazó los recursos extraordinarios interpuestos por la actora y por la Defensora Oficial. Tanto el Estado Nacional como la actora interpusieron sendos recursos de queja.

5º) Que, en primer lugar, corresponde tratar los planteos del Estado Nacional en tanto se dirigen a cuestionar la atribución de responsabilidad. Ello sentado, y en virtud de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de este Tribunal (doctrina de Fallos: 306:1409 y 318:1593), se examinará primero el recurso ordinario de apelación. Tal recurso resulta formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva recaída en una causa en la que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el artículo 24, inciso 6º, apartado a del decreto-ley 1285/58 y sus modificaciones, y la resolución de esta Corte 1360/91.

6º) Que del memorial que obra a fs. 1434/1450 surgen los siguientes agravios del Estado Nacional: 1) el tribunal invocó una normativa que no resulta aplicable al caso (el artículo 1113 del Código Civil) y efectuó una valoración errónea de la prueba aportada por la testigo Rachid Lichi de Cowles, 2) los montos de condena resultan excesivos y desproporcionados y 3) las costas le fueron injustificadamente impuestas.

7º) Que toda vez que la parte actora pretende que se declare la responsabilidad del Estado por la conducta ilícita de naturaleza extracontractual que ella le atribuye, es pertinente recordar que conocidos precedentes del Tribunal han establecido los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, esto es, que (a) éste haya incurrido en una falta de servicio (artículo 1112 del Código Civil), (b) la actora haya sufrido un daño actual y cierto, (c) exista una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (“Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huillen y otros”, Fallos: 332:2328).

8º) Que, tal como lo ha señalado esta Corte en el precedente “Mosca” (Fallos: 330:563), en la misma línea que había desarrollado en el caso “Zacarías” (Fallos: 321:1124), la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público

que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (ver considerando 6°). Esta idea objetiva de la falta de servicio –por hechos u omisiones– encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030 y 331:1690, entre otros).

9°) Que esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva (Fallos: 321:1124 y 330:563, considerando 7°).

10) Que el factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de los mencionados elementos para hacer concreta la regla general.

De las constancias de la causa surge que el día 6 de junio de 1997, en horas de la tarde, se produjo un accidente de tránsito –a corta distancia del acceso al aeropuerto de la ciudad de Asunción– en el que un automóvil chocó contra una columna de hierro y finalmente volcó.

A su vez, y tal como lo señaló el tribunal *a quo*, se encuentra probado que dicho vehículo era conducido por el Primer Secretario de Embajada Francisco Javier Castromán quien falleció junto con el profesional técnico Roberto Antonio Albanesi. También se encuentra probado que el auto –propiedad de Castromán– tenía chapa diplomática y estaba afectado al uso oficial y al servicio de la visita al Paraguay del entonces Canciller Guido Di Tella.

Estas conclusiones se extraen con certeza de un testimonio calificado como lo es el de la señora ex Vice Ministra de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay –Dra. Leila Rachid Lichi de Cowles–,

quien también acompañaba –en otro vehículo– al Canciller argentino en la finalización de su visita oficial.

De su declaración testimonial (fs. 922/923) se desprende que “... hacia las 17.45 se produjo un accidente de tránsito y que el mismo afectó a uno de los vehículos que conformaban la caravana Oficial que llevaba a los Funcionarios Diplomáticos al aeropuerto...” y que “el señor Roberto Albanesi formó parte de la Delegación Argentina como Técnico Especialista...”.

Por lo demás, si bien es cierto que, tal como se dijo, el automóvil en el que viajaban los señores Albanesi y Castromán no pertenecía a la Embajada de la República Argentina, no es menos cierto que se encuentra probado –tal como lo entendió la cámara– que dicho automóvil estaba afectado como vehículo de apoyo a la comitiva del entonces Canciller Di Tella (fs. 908).

11) Que, por otra parte, también se encuentra acreditado que el servicio fue prestado en modo irregular. En efecto, tal como surge del peritaje del ingeniero (fs. 876/878), así como del dictamen del consultor técnico de la parte actora (fs. 869/873), el automóvil accidentado iba a una velocidad de entre 145 y 150 kilómetros por hora, que resulta excesiva en tanto impide al conductor realizar adecuadamente cualquier maniobra evasiva en caso de advertir una situación crítica. Por ese motivo, según los informes técnicos mencionados, fue la velocidad excesiva la que impidió al conductor mantener el control del vehículo cuando hizo una maniobra para no chocar con el animal vacuno que cruzaba la autopista en la que circulaba.

Dadas las circunstancias expuestas, se encuentra probado, por un lado, que el cruce del referido animal no fue la causa de los daños aquí reclamados, sino la excesiva velocidad con que el funcionario conducía, y, asimismo, que dicho funcionario no conducía en condiciones adecuadas para llevar a destino a los pasajeros del vehículo, por lo que prestó el servicio en forma irregular.

12) Que la parte actora ha cumplido con la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la conducta que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo (Fallos: 329:2088, 3168 y 331:1730).

13) Que de aquí se sigue que se pueda afirmar que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil, a saber: (a) aquél incurrió en una falta de servicio, en tanto (i) las personas que protagonizaron el accidente se encontraban en ejercicio de funciones –en tanto formaban parte de la comitiva oficial que acompañaba al canciller argentino al aeropuerto–, (ii) el automóvil accidentado estaba afectado como vehículo de apoyo a la referida comitiva oficial, (iii) el funcionario estatal no conducía el vehículo en condiciones adecuadas, ya que éste circulaba a una velocidad excesiva; (b) el daño cierto sufrido por los actores a raíz del fallecimiento del señor Albanesi; y (c) la relación de causalidad adecuada entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

En suma, se advierte con claridad una falta imputable al Estado Nacional con idoneidad para comprometer su responsabilidad.

14) Que con relación a los montos indemnizatorios y la imposición de costas a su parte (agravios 2 y 3 descriptos en el considerando 6º) cabe señalar que el recurrente se limita a efectuar apreciaciones genéricas pero no controvierte las motivaciones principales tenidas en cuenta por la cámara –referente a los males padecidos y al “duro impacto económico” que habría sufrido la familia al “prescindir de la fuente de ingresos que representaba el padre de familia” (fs. 1338 vta./1339)– para fijar las indemnizaciones en concepto de daño patrimonial y daño moral. Idéntica ponderación corresponde efectuar respecto del criterio utilizado por el *a quo* para imponer las costas. Todo ello lleva a declarar la deserción del recurso en estos aspectos (artículo 280, apartado 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y Fallos: 315:689 y 316:157).

15) Que, en atención al modo en que se resuelve, el examen del recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación dio origen a su presentación directa, deviene inoficioso.

16) Que en cuanto al recurso de queja deducido por la parte actora por denegación del recurso extraordinario, corresponde hacer lugar al agravio relativo a la aplicación al caso de la ley 25.344. En este aspecto, las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las que fueron debatidas y resueltas en los precedentes “Mesquida” (Fallos: 329:5382) y “Petryszyn” (Fallos: 331:2745), votos del juez Lo-

renzetti, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razones de brevedad.

Con relación a los restantes agravios, el recurso es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello: A) Se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación, se confirma la sentencia en relación con la responsabilidad estatal y se declara la deserción de los restantes agravios. Las costas de esta instancia se imponen a la demandada (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). B) Se declara inoficioso el examen del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, cuya denegación dio origen a su presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 66 del recurso de hecho M.339.XLIII, agréguese copia de esta sentencia y, oportunamente, archíveselo. C) Se hace lugar al recurso de hecho interpuesto por la parte actora (expediente M.790.XLIII), se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y, de conformidad con lo expuesto en el último considerando, se revoca la sentencia en cuanto incluyó el crédito en el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344. Con costas por su orden en razón de la forma en la que prosperaron las pretensiones de la recurrente (artículo 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Agréguese la queja M.790.XLIII al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que la señora Viviana María Morrow –viuda de Albanesi– promovió demanda por sí y como cesionaria de los derechos de su hijo Guillermo José y en su carácter de representante legal de sus dos hijas

menores contra el Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto– con el objeto de que se condenara a este último al pago de una indemnización por daño material y moral derivado de la muerte de su esposo y padre de sus hijos.

Alegó que dicho fallecimiento fue consecuencia de un accidente ocurrido en la República de Paraguay el día 6 de junio de 1997, en ocasión en que uno de los vehículos que se dirigía al aeropuerto –para acompañar al entonces Canciller Guido Di Tella– en una comitiva oficial hizo una maniobra para evitar un animal y dio un vuelco en la autopista que resultó mortal para el señor Francisco Javier Castromán –diplomático argentino que conducía el automóvil– y para el señor Roberto Antonio Albanesi.

Con fundamento en estas circunstancias fácticas, la actora reclamó \$ 66.000 en concepto de remuneraciones no abonadas al fallecido por la Cancillería durante los meses de agosto de 1996 a junio de 1997 –período durante el cual el señor Albanesi se habría desempeñado como consultor contratado a fin de elaborar e implementar el “Programa Binacional de Desarrollo Fronterizo entre la República del Paraguay y la República Argentina”–, \$ 1.440.000 por valor vida y \$ 800.000 en concepto de daño moral más intereses y costas.

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al modificar en algunos aspectos la sentencia de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda.

Para así decidir el tribunal *a quo* consideró que, si bien el señor Albanesi preparó y ofició un “proyecto”, su trabajo no estuvo bajo la subordinación de funcionarios de la Cancillería. Estimó que “su remuneración como coordinador general estaba sujeta a la aprobación del proyecto” y que “[C]omo el trágico accidente sucedió antes [de dicha aprobación], no se concretó esa condición” (fs. 1337 vta.). Agregó que Albanesi había integrado la delegación argentina en las reuniones de preparación del proyecto como técnico pero “no tenía la condición de dependiente ni de funcionario de planta permanente” y tampoco lo unía con el Estado un contrato de locación de servicios. Concluyó que “en todo caso(...) la relación puede asimilarse a una locación de obra sujeta a la aprobación de financiación” (fs. 1337 vta.). Sobre la base de estas consideraciones, la cámara revocó la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó al Estado pagar la suma de \$ 27.000 en concepto de remuneraciones no abonadas.

Más allá de ello, el *a quo* condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente, responsabilidad que fundó en el artículo 1113 del Código Civil. En este sentido, la cámara estableció que el Estado es responsable “frente a los damnificados indirectos por los daños derivados de la trágica muerte de Roberto Antonio Albanesi mientras formaba parte de la comitiva oficial que acompañó al ex Canciller Don Guido Di Tella hacia el aeropuerto internacional de Asunción del Paraguay (...). El fundamento jurídico de esta responsabilidad se halla en el artículo 1113 del Código Civil, primera parte: la obligación de responder del principal por el daño que causare quien está bajo su dependencia, con motivo del cumplimiento de las funciones, en el caso, oficiales” (fs. 1137 vta.).

La cámara disminuyó los montos otorgados por el magistrado de primera instancia en concepto de daño patrimonial a la esposa y a los hijos Guillermo José y V.I. fijando las sumas de \$ 180.000, \$ 90.000 y \$ 90.000 respectivamente. En cuanto al monto determinado para este rubro a favor de la hija C.I., confirmó la suma de \$ 100.000. Respecto del daño moral, condenó al demandado al pago de \$ 80.000 para la viuda e idéntica suma para cada uno de los hijos.

Finalmente, el *a quo* aplicó el régimen de consolidación de deudas en tanto de la causa no surgiría “una situación que pueda asimilarse a los extremos que fundan la situación de excepción [a la consolidación]” (fs. 1339 vta.) y distribuyó las costas de la segunda instancia en un 70% a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de la actora.

3°) Que contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 1349/1350 vta.) y recurso extraordinario (fs. 1363/1383 vta.). Por su parte, tanto la actora como la Defensora Oficial –en representación de los intereses de la menor C.I.– interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1351/1359 y 1385/1385 vta.).

4°) Que a fs. 1387/1387 vta. la cámara concedió el recurso ordinario de apelación y declaró formalmente inadmisibles el recurso extraordinario interpuesto por el demandado. Por su parte, a fs. 1411/1411 vta. el *a quo* rechazó los recursos extraordinarios interpuestos por la actora y por la Defensora Oficial. Tanto el Estado Nacional como la actora interpusieron sendos recursos de queja.

5°) Que, en primer lugar, corresponde tratar los planteos del Estado Nacional en tanto se dirigen a cuestionar la atribución de responsabi-

lidad. Ello sentado, y en virtud de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de este Tribunal (doctrina de Fallos: 306:1409 y 318:1593), se examinará primero el recurso ordinario de apelación. Tal recurso resulta formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva recaída en una causa en la que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el artículo 24, inciso 6° apartado a) del decreto-ley 1285/58 y sus modificaciones, y la resolución de esta Corte 1360/91.

6°) Que del memorial que obra a fs. 1434/1450 surgen los siguientes agravios del Estado Nacional: 1) el tribunal invocó una normativa que no resulta aplicable al caso (el artículo 1113 del Código Civil) y efectuó una valoración errónea de la prueba aportada por la testigo Rachid Lichi de Cowles, 2) los montos de condena resultan excesivos y desproporcionados y 3) las costas le fueron injustificadamente impuestas.

7°) Que con relación al primer agravio mencionado, cabe señalar que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la cámara aplicó una norma errónea –artículo 1113 del Código Civil– para fundar la responsabilidad del Estado.

En este sentido, este Tribunal ha expresado que para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio, b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (“Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de” Fallos: 328:2546).

Con respecto al recaudo de falta de servicio, esta Corte ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 307:821; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

Esta idea objetiva de la falta de servicio –por acción o por omisión– encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público (“Securfin S.A. c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 330:3447) que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (“Vadell,

Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete –como lo interpreta la cámara–, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124 y 330:2748).

8º) Que sobre la base de estos fundamentos, se debe determinar si en el caso de autos existió una falta de servicio que comprometa la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional.

Al respecto, de las constancias de la causa surge que el día 6 de junio de 1997, en horas de la tarde, se produjo un accidente de tránsito a escasa distancia del acceso al aeropuerto de la ciudad de Asunción.

A su vez, y tal como lo manifiesta el tribunal *a quo*, se encuentra probado que el vehículo siniestrado era conducido por el Primer Secretario de la Embajada Francisco Javier Castromán quien falleció junto con el profesional técnico Roberto Antonio Albanesi. También se encuentra comprobado que el auto –propiedad de Castromán– gozaba de chapa diplomática y estaba afectado al uso oficial y al servicio de la visita al Paraguay del ex Canciller Guido Di Tella.

Estas conclusiones se extraen con certeza de un testimonio calificado, como es el de la señora ex Vice Ministra de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay –Dra. Leila Rachid Lichi de Cowles– quien también acompañaba –en otro vehículo– al señor Canciller en la finalización de la visita oficial.

De su declaración testimonial (fs. 922/923) surge que “...hacia las 17.45 se produjo un accidente de tránsito y que el mismo afectó a uno de los vehículos que conformaban la caravana Oficial que llevaba a los Funcionarios Diplomáticos al aeropuerto...” y que “el señor Roberto Albanesi formó parte de la Delegación Argentina como Técnico Especialista...”.

Por lo demás, si bien es cierto que, tal como se dijo *ut supra*, el auto en el que viajaban los señores Albanesi, Castromán y Grinspun no pertenecía a la Embajada de la República Argentina sino que era

de propiedad del señor Castromán, también se encuentra acreditado –tal como lo consideró la cámara– que dicho automóvil estaba afectado como vehículo de apoyo a la Comitiva Oficial del señor Guido Di Tella (fs. 908).

9º) Que, por otra parte, también se encuentra acreditado que el servicio fue prestado en modo irregular. En efecto, tal como surge de la prueba pericial obrante a fs. 876/878, así como del dictamen del consultor técnico de la parte actora de fs. 869/873, el automóvil iba a una velocidad de entre 145 y 150 kilómetros por hora, que resulta excesiva en tanto impide al conductor realizar adecuadamente cualquier maniobra evasiva en caso de advertir una situación crítica. Por ese motivo, según los informes técnicos mencionados, fue la velocidad excesiva la que impidió al conductor mantener el control del vehículo cuando hizo una maniobra para no chocar con el animal vacuno que apareció en la autopista por la que circulaba.

En tales condiciones, se encuentra acreditado, por un lado, que el cruce del animal vacuno no fue la causa de los daños aquí reclamados, sino la alta velocidad con la que el funcionario conducía. Y, por otra parte, que el funcionario estatal no conducía en condiciones adecuadas para llevar a destino a los pasajeros del vehículo, por lo que prestó el servicio en forma irregular.

10) Que, de aquí se sigue que se pueda afirmar que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil: a) el Estado incurrió en una falta de servicio, en tanto las personas que protagonizaron el accidente se encontraban en ejercicio de funciones –formaban parte de la Comitiva Oficial que acompañaba al entonces Canciller al aeropuerto–; el automóvil siniestrado estaba afectado como vehículo de apoyo a la Comitiva Oficial; y el funcionario estatal no conducía el vehículo en condiciones adecuadas, ya que el automóvil circulaba a una velocidad excesiva; b) el daño cierto sufrido por los actores a causa del fallecimiento del señor Albanesi y c) la relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

11) Que con relación a los montos indemnizatorios y la imposición de costas a su parte (agravios 2 y 3 descriptos en el considerando 6º) cabe señalar que el recurrente se limita a efectuar consideraciones ge-

néricas al respecto, pero no controvierte las motivaciones principales tenidas en cuenta por el *a quo* –referidas a los males padecidos y al “duro impacto económico” que habría sufrido la familia “al prescindir de la fuente de ingresos que representaba el padre de familia” (fs. 1338 vta./1339)– para fijar las indemnizaciones en concepto de daño patrimonial y de daño moral. Idénticas consideraciones corresponde efectuar respecto del criterio utilizado por la cámara para imponer las costas. Todo ello, lleva a declarar la deserción del recurso en estos aspectos (artículo 280, apartado 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 315:689 y 316:157).

12) Que, en atención al modo en que se resuelve, el examen del recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación dio origen a su presentación directa, deviene inoficioso.

13) Que, en cuanto al recurso de queja deducido por la actora por denegación del recurso extraordinario, corresponde hacer lugar al agravio relativo a la aplicación al caso de la ley de consolidación. En este aspecto las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las consideradas en los precedentes “Mesquida” voto del juez Petracchi (Fallos: 329:5382) y “Petryszyn” voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni (Fallos: 331:2745). En atención a lo allí expresado, resulta inaceptable la intención del Estado que, mediante la invocación de prerrogativas fundadas en la emergencia, pretende reparar la privación de una vida mediante una indemnización pagadera en bonos de deuda pública, por cuanto la dilación en su cancelación que ello supone implica, en la práctica, dejar sin remedio legal efectivo a los derechohabientes de la persona cuya existencia se ha extinguido por responsabilidad de aquél. Por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad del régimen de consolidación previsto en la ley 25.344 en su aplicación al caso. Con relación a los restantes agravios, el recurso extraordinario es inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello: A) Se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación, se confirma la sentencia en relación con la responsabilidad estatal y se declara la deserción de los restantes agravios. Las costas de esta instancia se imponen a la demandada (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). B) Se declara inoficioso el examen del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, cuya denegación dio origen a su presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 66 del recurso de hecho M.339.XLIII, agréguese copia

de esta sentencia y, oportunamente, archíveselo. C) Se hace lugar al recurso de hecho interpuesto por la parte actora (expediente M.790.XLIII), se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y, de conformidad con lo expuesto en el último considerando, se revoca la sentencia en cuanto incluyó el crédito en el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344. Con costas por su orden en razón de la forma en la que prosperaron las pretensiones de la recurrente (artículo 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja M.790.XLIII al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la señora Viviana María Morrow –viuda de Albanesi– promovió demanda por sí y como cesionaria de los derechos de su hijo Guillermo José y en su carácter de representante legal de sus dos hijas menores contra el Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto– con el objeto de que se condenara a este último al pago de una indemnización por daño material y moral derivado de la muerte de su esposo y padre de sus hijos.

Alegó que dicho fallecimiento fue consecuencia de un accidente ocurrido en la República del Paraguay el día 6 de junio de 1997, en ocasión en que uno de los vehículos que se dirigía al aeropuerto –para acompañar al entonces Canciller Guido Di Tella– en una comitiva oficial hizo una maniobra para evitar un animal y dio un vuelco en la autopista que resultó mortal para el señor Francisco Javier Castromán –diplomático argentino que conducía el automóvil– y para el señor Roberto Antonio Albanesi.

Con fundamento en estas circunstancias fácticas, la actora reclamó \$ 66.000 en concepto de remuneraciones no abonadas al fallecido por la Cancillería durante los meses de agosto de 1996 a junio de 1997 –período durante el cual el señor Albanesi se habría desempeñado como

consultor contratado a fin de elaborar e implementar el “Programa Binacional de Desarrollo Fronterizo entre la República del Paraguay y la República Argentina”, \$ 1.440.000 por valor vida y \$ 800.000 en concepto de daño moral más intereses y costas.

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al modificar en algunos aspectos la sentencia de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda.

Para así decidir el tribunal *a quo* consideró que, si bien el señor Albanesi preparó y ofició un “proyecto”, su trabajo no estuvo bajo la subordinación de funcionarios de la Cancillería. Estimó que “su remuneración como coordinador general estaba sujeta a la aprobación del proyecto” y que “[C]omo el trágico accidente sucedió antes [de dicha aprobación], no se concretó esa condición” (fs. 1337 vta.). Agregó que Albanesi había integrado la delegación argentina en las reuniones de preparación del proyecto como técnico pero “no tenía la condición de dependiente ni de funcionario de planta permanente” y tampoco lo unía con el Estado un contrato de locación de servicios. Concluyó que “en todo caso(...) la relación puede asimilarse a una locación de obra sujeta a la aprobación de financiación” (fs. 1337 vta.). Sobre la base de estas consideraciones, la cámara revocó la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó al Estado pagar la suma de \$ 27.000 en concepto de remuneraciones no abonadas.

Más allá de ello, el *a quo* condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente, responsabilidad que fundó en el artículo 1113 del Código Civil. En este sentido, la cámara estableció que el Estado es responsable “frente a los damnificados indirectos por los daños derivados de la trágica muerte de Roberto Antonio Albanesi mientras formaba parte de la comitiva oficial que acompañó al ex Canciller Don Guido Di Tella hacia el aeropuerto internacional de Asunción del Paraguay (...). El fundamento jurídico de esta responsabilidad se halla en el artículo 1113 del Código Civil, primera parte: la obligación de responder del principal por el daño que causare quien está bajo su dependencia, con motivo del cumplimiento de las funciones, en el caso, oficiales” (fs. 1137 vta.).

La cámara disminuyó los montos otorgados por el magistrado de primera instancia en concepto de daño patrimonial a la esposa y a los hijos Guillermo José y V.I. fijando las sumas de \$ 180.000, \$ 90.000 y

\$ 90.000 respectivamente. En cuanto al monto determinado para este rubro a favor de la hija C.I., confirmó la suma de \$ 100.000. Respecto del daño moral, condenó al demandado al pago de \$ 80.000 para la viuda e idéntica suma para cada uno de los hijos.

Finalmente, el *a quo* aplicó el régimen de consolidación de deudas en tanto de la causa no surgiría “una situación que pueda asimilarse a los extremos que fundan la situación de excepción [a la consolidación]” (fs. 1339 vta.) y distribuyó las costas de la segunda instancia en un 70% a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de la actora.

3º) Que contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 1349/1350 vta.) y recurso extraordinario (fs. 1363/1383 vta.). Por su parte, tanto la actora como la Defensora Oficial –en representación de los intereses de la menor C.I.– interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1351/1359 y 1385/1385 vta.).

4º) Que a fs. 1387/1387 vta. la cámara concedió el recurso ordinario de apelación y declaró formalmente inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el demandado. Por su parte, a fs. 1411/1411 vta. el *a quo* rechazó los recursos extraordinarios interpuestos por la actora y por la Defensora Oficial. Tanto el Estado Nacional como la actora interpusieron sendos recursos de queja.

5º) Que, en primer lugar, corresponde tratar los planteos del Estado Nacional en tanto se dirigen a cuestionar la atribución de responsabilidad. Ello sentado, y en virtud de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de este Tribunal (doctrina de Fallos: 306:1409 y 318:1593), se examinará primero el recurso ordinario de apelación. Tal recurso resulta formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en la que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el artículo 24, inciso 6º apartado a) del decreto-ley 1285/58 y sus modificaciones, y la resolución de esta Corte 1360/91.

6º) Que del memorial que obra a fs. 1434/1450 surgen los siguientes agravios del Estado Nacional: 1) el tribunal invocó una normativa que no resulta aplicable al caso (el artículo 1113 del Código Civil) y efectuó una valoración errónea de la prueba aportada por el testigo Rachid Lichi de Cowles, 2) los montos de condena resultan excesivos y desproporcionados y 3) las costas le fueron injustificadamente impuestas.

7º) Que con relación al primer agravio mencionado, cabe señalar que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la cámara aplicó una norma errónea –artículo 1113 del Código Civil– para fundar la responsabilidad del Estado.

En este sentido, este Tribunal ha expresado que para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio, b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (“Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de”, Fallos: 328:2546).

Con respecto al recaudo de falta de servicio, esta Corte ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 307:821; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

Esta idea objetiva de la falta de servicio –por acción o por omisión– encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público (“Securfin S.A. c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 330:3447) que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (“Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires” Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete –como lo interpreta la cámara–, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124 y 330:2748).

8º) Que sobre la base de estos fundamentos, se debe determinar si en el caso de autos existió una falta de servicio que comprometa la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional.

Al respecto, de las constancias de la causa surge que el día 6 de junio de 1997, en horas de la tarde, se produjo un accidente de tránsito a escasa distancia del acceso al aeropuerto de la ciudad de Asunción.

A su vez, y tal como lo manifiesta el tribunal *a quo*, se encuentra probado que el vehículo siniestrado era conducido por el Primer Secretario de la Embajada Francisco Javier Castromán quien falleció junto con el profesional técnico Roberto Antonio Albanesi. También se encuentra comprobado que el auto –propiedad de Castromán– gozaba de chapa diplomática y estaba afectado al uso oficial y al servicio de la visita al Paraguay del ex Canciller Guido Di Tella.

Estas conclusiones se extraen con certeza de un testimonio calificado, como es el de la señora ex Vice Ministra de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay –doctora Leila Rachid Lichi de Cowles– quien también acompañaba –en otro vehículo– al señor Canciller en la finalización de la visita oficial.

De su declaración testimonial (fs. 922/923) surge que “...hacia las 17.45 se produjo un accidente de tránsito y que el mismo afectó a uno de los vehículos que conformaban la caravana Oficial que llevaba a los Funcionarios Diplomáticos al aeropuerto...” y que “el señor Roberto Albanesi formó parte de la Delegación Argentina como Técnico Especialista...”.

Por lo demás, si bien es cierto que, tal como se dijo *ut supra*, el auto en el que viajaban los señores Albanesi, Castromán y Grinspun no pertenecía a la Embajada de la República Argentina sino que era de propiedad del señor Castromán, también se encuentra acreditado –tal como lo consideró la cámara– que dicho automóvil estaba afectado como vehículo de apoyo a la Comitiva Oficial del señor Guido Di Tella (fs. 908).

9º) Que, por otra parte, también se encuentra acreditado que el servicio fue prestado en modo irregular. En efecto, tal como surge de la prueba pericial obrante a fs. 876/878, así como del dictamen del consultor técnico de la parte actora de fs. 869/873, el automóvil iba a una velocidad de entre 145 y 150 kilómetros por hora, que resulta excesiva en tanto impide al conductor realizar adecuadamente cualquier maniobra evasiva en caso de advertir una situación crítica. Por ese motivo, según los informes técnicos mencionados, fue la velocidad excesiva la que impidió al conductor mantener el control del vehículo cuando hizo una maniobra para no chocar con el animal vacuno que apareció en la autopista por la que circulaba.

En tales condiciones, se encuentra acreditado, por un lado, que el cruce del animal vacuno no fue la causa de los daños aquí reclamados,

sino la alta velocidad con la que el funcionario conducía. Y, por otra parte, que el funcionario estatal no conducía en condiciones adecuadas para llevar a destino a los pasajeros del vehículo, por lo que prestó el servicio en forma irregular.

10) Que, de aquí se sigue que se pueda afirmar que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil: a) el Estado incurrió en una falta de servicio, en tanto las personas que protagonizaron el accidente se encontraban en ejercicio de funciones –formaban parte de la Comitiva Oficial que acompañaba al entonces Canciller al aeropuerto–; el automóvil siniestrado estaba afectado como vehículo de apoyo a la Comitiva Oficial; y el funcionario estatal no conducía el vehículo en condiciones adecuadas, ya que el automóvil circulaba a una velocidad excesiva; b) el daño cierto sufrido por los actores a causa del fallecimiento del señor Albanesi y c) la relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

11) Que con relación a los montos indemnizatorios y la imposición de costas a su parte (agravios 2 y 3 descriptos en el considerando 6º) cabe señalar que el recurrente se limita a efectuar consideraciones genéricas al respecto, pero no controvierte las motivaciones principales tenidas en cuenta por el *a quo* –referidas a los males padecidos y al “duro impacto económico” que había sufrido la familia “al prescindir de la fuente de ingresos que representaba el padre de familia” (fs. 1338 vta./1339)– para fijar las indemnizaciones en concepto de daño patrimonial y de daño moral. Idénticas consideraciones corresponde efectuar respecto del criterio utilizado por la cámara para imponer las costas. Todo ello, lleva a declarar la deserción del recurso en estos aspectos (artículo 280, apartado 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 315:689 y 316:157).

12) Que, en atención al modo en que se resuelve, el examen del recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación dio origen a su presentación directa, deviene inoficioso.

13) Que en cuanto al recurso de queja deducido por la parte actora, por denegación del recurso extraordinario, corresponde hacer lugar al agravio relativo a la procedencia de la excepción prevista en el artículo 18 de la ley 25.344 al régimen de consolidación, en la medida en que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las

debatidas y resueltas en la causa “Mesquida”, disidencia parcial del juez Maqueda (Fallos: 329:5382), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Con relación a los restantes agravios, el recurso debe ser desestimado (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello: A) Se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación, se confirma la sentencia en relación con la responsabilidad estatal y se declara la deserción de los restantes agravios. Las costas de esta instancia se imponen a la demandada (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). B) Se declara inoficioso el examen del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, cuya denegación dio origen a su presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 66 del recurso de hecho M.339.XLIII, agréguese copia de esta sentencia y, oportunamente, archíveselo. C) Se hace lugar al recurso de hecho interpuesto por la parte actora (expediente M.790.XLIII), se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y, de conformidad con lo expuesto en el último considerando, se revoca la sentencia en cuanto incluyó el crédito en el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344. Con costas por su orden en razón de la forma en la que prosperaron las pretensiones de la recurrente (artículo 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja M.790.XLIII al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la señora Viviana María Morrow –viuda de Albanesi– promovió demanda por sí y como cesionaria de los derechos de su hijo Guillermo José y en su carácter de representante legal de sus dos hijas menores contra el Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exterio-

res, Comercio Internacional y Culto— con el objeto de que se condenara a este último al pago de una indemnización por daño material y moral derivado de la muerte de su esposo y padre de sus hijos.

Alegó que dicho fallecimiento fue consecuencia de un accidente ocurrido en la República del Paraguay el día 6 de junio de 1997, en ocasión en que uno de los vehículos que se dirigía al aeropuerto —para acompañar al entonces Canciller Guido Di Tella— en una comitiva oficial hizo una maniobra para evitar un animal y dio un vuelco en la autopista que resultó mortal para el señor Francisco Javier Castromán —diplomático argentino que conducía el automóvil— y para el señor Roberto Antonio Albanesi.

Con fundamento en estas circunstancias fácticas, la actora reclamó \$ 66.000 en concepto de remuneraciones no abonadas al fallecido por la Cancillería durante los meses de agosto de 1996 a junio de 1997 —período durante el cual el señor Albanesi se habría desempeñado como consultor contratado a fin de elaborar e implementar el “Programa Binacional de Desarrollo Fronterizo entre la República del Paraguay y la República Argentina”—, \$ 1.440.000 por valor vida y \$ 800.000 en concepto de daño moral más intereses y costas.

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al modificar en algunos aspectos la sentencia de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda.

Para así decidir el tribunal *a quo* consideró que, si bien el señor Albanesi preparó y ofició un “proyecto”, su trabajo no estuvo bajo la subordinación de funcionarios de la Cancillería. Estimó que “su remuneración como coordinador general estaba sujeta a la aprobación del proyecto” y que “[C]omo el trágico accidente sucedió antes [de dicha aprobación], no se concretó esa condición” (fs. 1337 vta.). Agregó que Albanesi había integrado la delegación argentina en las reuniones de preparación del proyecto como técnico pero “no tenía la condición de dependiente ni de funcionario de planta permanente” y tampoco lo unía con el Estado un contrato de locación de servicios. Concluyó que “en todo caso(...) la relación puede asimilarse a una locación de obra sujeta a la aprobación de financiación” (fs. 1337 vta.). Sobre la base de estas consideraciones, la cámara revocó la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó al Estado pagar la suma de \$ 27.000 en concepto de remuneraciones no abonadas.

Más allá de ello, el *a quo* condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente, responsabilidad que fundó en el artículo 1113 del Código Civil. En este sentido, la cámara estableció que el Estado es responsable “frente a los damnificados indirectos por los daños derivados de la trágica muerte de Roberto Antonio Albanesi mientras formaba parte de la comitiva oficial que acompañó al ex Canciller Don Guido Di Tella hacia el aeropuerto internacional de Asunción del Paraguay (...). El fundamento jurídico de esta responsabilidad se halla en el artículo 1113 del Código Civil, primera parte: la obligación de responder del principal por el daño que causare quien está bajo su dependencia, con motivo del cumplimiento de las funciones, en el caso, oficiales” (fs. 1137 vta.).

La cámara disminuyó los montos otorgados por el magistrado de primera instancia en concepto de daño patrimonial a la esposa y a los hijos Guillermo José y V.I. fijando las sumas de \$ 180.000, \$ 90.000 y \$ 90.000 respectivamente. En cuanto al monto determinado para este rubro a favor de la hija C.I., confirmó la suma de \$ 100.000. Respecto del daño moral, condenó al demandado al pago de \$ 80.000 para la viuda e idéntica suma para cada uno de los hijos.

Finalmente, el *a quo* aplicó el régimen de consolidación de deudas en tanto de la causa no surgiría “una situación que pueda asimilarse a los extremos que fundan la situación de excepción [a la consolidación]” (fs. 1339 vta.) y distribuyó las costas de la segunda instancia en un 70% a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de la actora.

3º) Que contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 1349/1350 vta.) y recurso extraordinario (fs. 1363/1383 vta.). Por su parte, tanto la actora como la Defensora Oficial –en representación de los intereses de la menor C.I.– interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1351/1359 y 1385/1385 vta.).

4º) Que a fs. 1387/1387 vta. la cámara concedió el recurso ordinario de apelación y declaró formalmente inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el demandado. Por su parte, a fs. 1411/1411 vta. el *a quo* rechazó los recursos extraordinarios interpuestos por la actora y por la Defensora Oficial. Tanto el Estado Nacional como la actora interpusieron sendos recursos de queja.

5°) Que, en primer lugar, corresponde tratar los planteos del Estado Nacional en tanto se dirigen a cuestionar la atribución de responsabilidad. Ello sentado, y en virtud de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de este Tribunal (doctrina de Fallos: 306:1409 y 318:1593), se examinará primero el recurso ordinario de apelación. Tal recurso resulta formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en la que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el artículo 24, inciso 6°, apartado a) del decreto-ley 1285/58 y sus modificaciones, y la resolución de esta Corte 1360/91.

6°) Que del memorial que obra a fs. 1434/1450 surgen los siguientes agravios del Estado Nacional: 1) el tribunal invocó una normativa que no resulta aplicable al caso (el artículo 1113 del Código Civil) y efectuó una valoración errónea de la prueba aportada por la testigo Rachid Lichi de Cowles, 2) los montos de condena resultan excesivos y desproporcionados y 3) las costas le fueron injustificadamente impuestas.

7°) Que con relación al primer agravio mencionado, cabe señalar que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la cámara aplicó una norma errónea –artículo 1113 del Código Civil– para fundar la responsabilidad del Estado.

En este sentido, este Tribunal ha expresado que para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio, b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (“Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de”, Fallos: 328:2546).

Con respecto al recaudo de falta de servicio, esta Corte ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 307:821; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175 y 329:3065).

Esta idea objetiva de la falta de servicio –por acción o por omisión– encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público (“Securfin S.A. c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 330:3447) que no requiere, como fundamento de

derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (“Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete –como lo interpreta la cámara–, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124 y 330:2748).

8°) Que sobre la base de estos fundamentos, se debe determinar si en el caso de autos existió una falta de servicio que comprometa la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional.

Al respecto, de las constancias de la causa surge que el día 6 de junio de 1997, en horas de la tarde, se produjo un accidente de tránsito a escasa distancia del acceso al aeropuerto de la ciudad de Asunción.

A su vez, y tal como lo manifiesta el tribunal *a quo*, se encuentra probado que el vehículo siniestrado era conducido por el Primer Secretario de la Embajada Francisco Javier Castromán quien falleció junto con el profesional técnico Roberto Antonio Albanesi. También se encuentra comprobado que el auto –propiedad de Castromán– gozaba de chapa diplomática y estaba afectado al uso oficial y al servicio de la visita al Paraguay del ex Canciller Guido Di Tella.

Estas conclusiones se extraen con certeza de un testimonio calificado, como es el de la señora ex Vice Ministra de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay –doctora Leila Rachid Lichi de Cowles– quien también acompañaba –en otro vehículo– al señor Canciller en la finalización de la visita oficial.

De su declaración testimonial (fs. 922/923) surge que “...hacia las 17.45 se produjo un accidente de tránsito y que el mismo afectó a uno de los vehículos que conformaban la caravana oficial que llevaba a los Funcionarios Diplomáticos al aeropuerto...” y que “el señor Roberto Albanesi formó parte de la Delegación Argentina como Técnico Especialista...”.

Por lo demás, si bien es cierto que, tal como se dijo *ut supra*, el auto en el que viajaban los señores Albanesi, Castromán y Grinspun no pertenecía a la Embajada de la República Argentina sino que era de propiedad del señor Castromán, también se encuentra acreditado

–tal como lo consideró la cámara– que dicho automóvil estaba afectado como vehículo de apoyo a la Comitiva Oficial del señor Guido Di Tella (fs. 908).

9º) Que, por otra parte, también se encuentra acreditado que el servicio fue prestado en modo irregular. En efecto, tal como surge de la prueba pericial obrante a fs. 876/878, así como del dictamen del consultor técnico de la parte actora de fs. 869/873, el automóvil iba a una velocidad de entre 145 y 150 kilómetros por hora, que resulta excesiva en tanto impide al conductor realizar adecuadamente cualquier maniobra evasiva en caso de advertir una situación crítica. Por ese motivo, según los informes técnicos mencionados, fue la velocidad excesiva la que impidió al conductor mantener el control del vehículo cuando hizo una maniobra para no chocar con el animal vacuno que apareció en la autopista por la que circulaba.

En tales condiciones, se encuentra acreditado, por un lado, que el cruce del animal vacuno no fue la causa de los daños aquí reclamados, sino la alta velocidad con la que el funcionario conducía. Y, por otra parte, que el funcionario estatal no conducía en condiciones adecuadas para llevar a destino a los pasajeros del vehículo, por lo que prestó el servicio en forma irregular.

10) Que, de aquí se sigue que se pueda afirmar que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil: a) el Estado incurrió en una falta de servicio, en tanto las personas que protagonizaron el accidente se encontraban en ejercicio de funciones –formaban parte de la Comitiva Oficial que acompañaba al entonces Canciller al aeropuerto–; el automóvil siniestrado estaba afectado como vehículo de apoyo a la Comitiva Oficial; y el funcionario estatal no conducía el vehículo en condiciones adecuadas, ya que el automóvil circulaba a una velocidad excesiva; b) el daño cierto sufrido por los actores a causa del fallecimiento del señor Albanesi y c) la relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

11) Que con relación a los montos indemnizatorios y la imposición de costas a su parte (agravios 2 y 3 descriptos en el considerando 6º) cabe señalar que el recurrente se limita a efectuar consideraciones genéricas al respecto, pero no controvierte las motivaciones principales tenidas en cuenta por el *a quo* –referidas a los males padecidos y al

“duro impacto económico” que había sufrido la familia “al prescindir de la fuente de ingresos que representaba el padre de familia” (fs. 1338 vta./1339)— para fijar las indemnizaciones en concepto de daño patrimonial y de daño moral. Idénticas consideraciones corresponde efectuar respecto del criterio utilizado por la cámara para imponer las costas. Todo ello, lleva a declarar la deserción del recurso en estos aspectos (artículo 280, apartado 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 315:689 y 316:157).

12) Que, en atención al modo en que se resuelve, el examen del recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación dio origen a su presentación directa, deviene inoficioso. En cuanto al recurso extraordinario deducido por la actora, cuya denegación originó la queja M.790.XLIII “Morrow de Albanesi, Viviana y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto”, corresponde su desestimación con fundamento en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por ello: A) Se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación, se confirma la sentencia apelada en relación con la responsabilidad estatal y se declara la deserción de los restantes agravios. Las costas de esta instancia se imponen a la demandada (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). B) Se declara inoficioso el examen del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, cuya denegación dio origen a la presentación directa M.339. XLIII. Declárase perdido el depósito de fs. 66 del mencionado expediente, agréguese copia de esta sentencia y, oportunamente, archíveselo. C) Se desestima la queja M.790.XLIII. Agréguese copia de la presente al citado expediente y, oportunamente, archíveselo. D) Notifíquese y devuélvanse los autos M.868.XLIII.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por el **Estado Nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, demandado en autos**, representado por el Dr. **Fernando Gago**, con el patrocinio letrado del **señor Subprocurador del Tesoro de la Nación Dr. Adolfo Gustavo Scrinzi**.

Traslado contestado por **Viviana María Morrow de Albanesi y otros, actores en autos**, patrocinados por el **Dr. Teodoro Salvador Marco**.

Recurso de hecho deducido por el **Estado Nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, demandado en autos**, representado por el **Dr. Fernando Gago**.

Recurso de hecho deducido por **Viviana María Morrow de Albanesi y otros, actores en autos**, patrocinados por el **Dr. Teodoro Salvador Marco**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 9.**

MIRTA LILIANA LUCCA DE HOZ c/ EDUARDO TADDEI Y OTRO

RIESGOS DEL TRABAJO.

Corresponde admitir el planteo fundado en que la indemnización reconocida no repara integralmente a la viuda afectando la dignidad de la persona y el derecho de propiedad, ya que la respuesta dada en el fallo con fundamento en que el reclamo se limitaba a las prestaciones reguladas en el art. 15 de la Ley de Riesgos del Trabajo y no en la reparación integral en los términos del derecho común no lo sustenta suficientemente y deja sin respuesta concreta al planteo de impugnación constitucional de la referida norma.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

RIESGOS DEL TRABAJO.

Corresponde rechazar la objeción a la postura del *a quo* que entiende que no es compatible el planteo de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Riesgos del Trabajo de la viuda con sustento en que su aplicación no reparaba integralmente el daño producido, ya que acoger dichas impugnaciones afectaría la ecuación económica financiera del contrato de seguro dado los diferentes objetivos que persiguen el sistema laboral y el común, y por ello la afirmación de la cámara de que dicha reparación integral solo podría haberse perseguido a partir de la atribución de alguno de los factores de imputación de responsabilidad establecidos en el Código Civil (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

En primer término, advierto que se corrió vista a esta Procuración General en los autos principales (L.515, L. XLIII) del recurso extraordinario federal concedido, sin que surjan de las constancias con que

se cuenta que así se lo haya hecho respecto de la presentación directa (L. 307, L XLIII), razón por la cual me expediré solamente respecto al primero.

– II –

En lo que interesa los Jueces de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmaron la sentencia de primera instancia en cuanto se desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT, N° 24.557) porque no fue reclamada en el caso una eventual reparación integral en los términos del derecho común que habilite el tratamiento de la procedencia del monto pretendido (v. fs. 754/758 y fs. 329/338, respectivamente).

Contra tal pronunciamiento la actora dedujo el recurso extraordinario federal, el que contestado por los demandados, fue concedido parcialmente. Se admitieron los agravios respecto del sistema de cálculo de la indemnización correspondiente (v. fs. 767/785; fs. 801/802 y fs. 803/808, fs. 811), pero se rechazaron los planteos referidos a la compensación dineraria adicional y a la responsabilidad del empleador, aspectos estos últimos que dieron motivo a la presentación directa que se agregó por cuerda sin acumular y de la que VE no corrió vista a esta Procuración General.

– III –

El agravio principal de la recurrente radica en la inconstitucionalidad del sistema de cálculo de la LRT en cuanto señala que, con fundamento en la doctrina del precedente “Aquino”, se torna impugnabile el texto legal por la irrazonabilidad de la determinación de la indemnización escasa en su monto, mostrando una suma irrisoria de \$ 35.008, por el fallecimiento de una persona de 46 años de edad. Afirma que no constituye un resarcimiento serio y no cumple en ninguna medida con el derecho a una reparación integral, reconocida desde antiguo por la Corte Suprema (v. fs. 776). Señala que resulta paradójico que el tribunal asuma que el pago de una renta periódica lesiona el derecho de propiedad de la viuda del causante en razón de lo dilatado de su percepción, pero omita considerar que la exigua suma otorgada también lesiona el derecho de propiedad, resulta repugnante a la dignidad humana y a la reparación integral (v. fs. 776vta. y fs. 777).

Sostiene que es equivocado el razonamiento del *a quo* en cuanto impone la necesidad de accionar con fundamento en el derecho civil

para cuestionar el límite indemnizatorio dispuesto en la ley especial. Agrega que la falta de reconocimiento de la suma fija de \$ 50.000 dispuesta por el decreto 1278/00, vigente al momento de la interposición de la demanda, constituye una grave omisión del pronunciamiento, máxime que la demandada consintió su aplicación al caso en la contestación al reclamo.

– IV –

Creo menester destacar, ante todo, que el planteo referido a la aplicación del decreto 1278/00, en cuanto incrementó el tope indemnizatorio y fijó un pago directo a los derechohabientes no es aplicable al presente caso ya que no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo. Al respecto, VE tiene dicho que el fallo judicial que impone el pago de una indemnización por un infortunio laboral, sólo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (Fallos: 314:481; 315:885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos: 314:481; 321:45).

En cambio, en mi opinión, sí corresponde que se admita el planteo con fundamento en que la indemnización reconocida no repara integralmente a la viuda afectando la dignidad de la persona y el derecho de propiedad. En efecto, la respuesta dada en el fallo con fundamento en que el reclamo se limitaba a las prestaciones reguladas en el art. 15 de la LRT y no en la reparación integral en los términos del derecho común (v. fs. 756), no lo sustenta suficientemente, y deja sin respuesta concreta al planteo de impugnación constitucional de la referida norma en los términos señalados. Las deficiencias del método de cálculo de la fórmula utilizada en ella, por el legislador, ya había sido anunciada por VE en los diferentes votos del precedente “Aquino” (v. Fallos: 327:3753, considerando 6°, del voto de Petracchi y Zaffaroni, considerando 9° del voto de Belluscio y Maqueda; considerando 11° del voto de Highton de Nolasco).

En concreto, entre otros argumentos se señaló allí que la Ley de Riesgos del Trabajo, mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, y la consiguiente exención de responsabilidad del empleador

de su art. 39, inc. 1, sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente (Fallos: 327:3753, considerando 6º, pág. 3769). Agregó que la LRT no se adecua a los lineamientos constitucionales a pesar de haber proclamado que tiene entre sus objetivos, en lo que aquí interesa, “reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales (art. 1º, inc. 2.b); y ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, de consiguiente por esa Corte, que no debe cubrirse sólo en apariencia (ídem, Considerando 7º).

A su vez, se omitió considerar que al reconocer en el fallo del *a quo* (v. fs. 756/757, punto V) la inconstitucionalidad del pago en renta con fundamento en el precedente “Milone” (Fallos: 327:4607), el examen del caso no se limitaba solamente en la forma de pago, sino que debió evaluarse si la indemnización consagraba una reparación equitativa, o sea, que resguarde el sentido reparador en concreto (v. considerando 5º, último párrafo del Fallo “Milone”, pág. 4617).

Así, debió también ponderar el *a quo*, como señaló VE en el precedente “Arostegui”, que la doctrina constitucional de esa Corte tiene dicho y reiterado que el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres (“Aquino”, votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753, 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y “Díaz”, voto de la jueza Argibay, Fallos: 329:473, 479/480, y sus citas; ver considerando 5º *in re*: “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.”; Sentencia del 8 de abril de 2008).

– V –

Por lo dicho, estimo que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y restituir las actuacio-

nes al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 10 de noviembre de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 17 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/ Taddei, Eduardo y otro s/ accidente – acción civil”.

Considerando:

Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo señalado. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando.

1º) En la presente causa, la señora Mirta Liliana Lucca promueve demanda contra Eduardo Taddei y contra su aseguradora Federación

Patronal CSL, en su carácter de cónyuge de René Remigio Hoz, quien falleció el día 25 de julio de 1999, en su lugar de trabajo sito en el interior del Hipódromo Argentino de Buenos Aires, donde se desempeñaba en el “stud” del demandado realizando tareas de vareo, cuidado y atención de equinos.

La actora relata que su esposo fue salvajemente golpeado sufriendo heridas de tal consideración que le provocaron la muerte, mientras dormía en su habitación ubicada en el Hipódromo de Palermo. Agrega, que el hecho fue cometido por los empleados de otras haras Gustavo Aguilar y Jorge Avalos, quienes se introdujeron subrepticamente en su habitación.

Solicita se declare la inconstitucionalidad del límite previsto en el artículo 15 de la ley 24.557, toda vez que no contempla adecuadamente los daños producidos y tampoco tiende a efectuar una reparación mínimamente sólida y aceptable, como consecuencia del fallecimiento producido. Agrega, que el límite discrecionalmente establecido por la norma en el segundo párrafo de su inciso 2° resulta francamente insuficiente para compensar el fallecimiento del trabajador, pues la suma de \$ 55.000 no le sirve ni siquiera para cubrir los mínimos gastos que debe afrontar desde la muerte de su marido.

2°) El juez de primera instancia hace lugar a la demanda y condena a los accionados a pagar a la actora la suma de \$ 35.008. Seguidamente, la rechaza respecto de los terceros citados.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modifica la sentencia y desestima la acción promovida contra el demandado Eduardo Carlos Taddei. Asimismo, dispone que la indemnización calculada en los términos de la ley de riesgos de trabajo y sus correspondientes accesorios sea efectivizada en un pago único.

Para así decidir, el *a quo* evaluó que el causante fue víctima de delincuentes comunes que le dieron muerte, sorprendiéndolo mientras dormía. Consideró que no estaba demostrado que Hoz permaneciera en su lugar de trabajo por razones ajenas a su labor durante esa noche y que resultaba procedente atribuir naturaleza laboral al siniestro.

En punto al empleador codemandado, dijo que el sistema especial establece la sustitución del obligado frente al siniestro (conf. artículos

3, 39 y ccs. de la LRT), no siendo factible la habilitación de la responsabilidad del empleador por no haberse demandado por una reparación integral en los términos del derecho común.

A renglón seguido, rechaza el reproche efectuado por la actora en procura de que se declare inconstitucional el monto resarcitorio previsto en el sistema especial, pues este último no fue objeto de cuestionamiento, toda vez que el reclamo estuvo circunscripto a las prestaciones previstas en los artículos 15 y 18 de la LRT.

Añade, que no se reclamó en el caso una eventual reparación integral en los términos del derecho común, susceptible de habilitar el tratamiento de la procedencia del monto pretendido a la vez que no se le atribuyeron al juzgador errores de cálculo en relación a la aplicación de las normas citadas.

En consecuencia, evaluó que no había mérito para propiciar modificación alguna de la suma fijada, cuya cuantificación se ajustó a los términos del contrato, a la remuneración del causante y a la normativa vigente a la fecha del fallecimiento del causante.

Por último, evalúa que dado el monto del resarcimiento y la exigua prestación mensual que le correspondía percibir a la actora, era evidente que en el presente caso el pago de la renta periódica contrariaba los explícitos propósitos reparadores que motivaron la adopción del sistema. Cita luego la causa “Milone” (Fallos: 327:4607) de este Tribunal y se remite a sus términos.

3°) Contra esta decisión, la actora interpone recurso extraordinario (fojas 767/785) que es concedido parcialmente (fojas 811).

El *a quo* sostuvo “en lo que respecta a los agravios relativos al monto de la indemnización, el recurso es procedente, porque el apelante planteó en la causa la inconstitucionalidad del sistema de cálculo establecido en el artículo 15 de la ley 24.557 y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en la Constitución Nacional (artículo 14 de la ley 48)”.

Seguidamente desestimó los planteos atinentes a la compensación dineraria adicional y a la responsabilidad del empleador, por remitir

a cuestiones de derecho común, ajenas como regla al recurso extraordinario.

4º) La actora por un lado, fundó su reclamo en el artículo 15 de la ley 24.557, y por el otro, objetó constitucionalmente el límite que esta norma prevé por no contemplar adecuadamente los daños producidos ni efectuar una reparación mínimamente sólida y aceptable (escrito de demanda, fojas 10/11).

Al apelar la sentencia de primera instancia insistió en su posición, aunque sostuvo, que el decreto 1278/00 superó en alguna medida el sistema original de esa norma que era absolutamente inconstitucional, ya que el tope fue elevado a la suma \$ 180.000 con más un adicional de \$ 50.000 como compensación adicional. Agregó, que en autos, el magistrado de primera instancia efectuó los cálculos a la luz de esas disposiciones y determinó un monto de compensación de \$ 35.008, que no parece lógico ni admisible cuando se evalúa que su origen fue la pérdida de una vida humana. De tal forma, consideró inconstitucional al sistema de cálculo y de pago en virtud del resultado írrito al que arribó (fojas 364/370).

Seguidamente, planteó que el “máximum” indemnizatorio previsto en el artículo 15 de la ley 24.557 resultaba insuficiente de acuerdo al principio de “reparación integral”. Citó los precedentes de esta Corte “Aquino” (Fallos: 327:3753) y “Milone” (Fallos: 327:4607).

5º) En la causa “Díaz” (Fallos: 329:473 – voto de la suscripta) he señalado que la ley 24.557 regula la cobertura de los daños que los trabajadores, en su condición de tales, pueden padecer. Que el sistema se basa en un seguro obligatorio cuya prima está a cargo del empleador y que el riesgo a cubrir se encuentra genéricamente descripto en el artículo 6º y, en caso de concretarse, el beneficiario se hace acreedor de prestaciones dinerarias a cargo de la aseguradora.

En esa oportunidad, señalé también que la base conceptual de las reparaciones que establecen las leyes laborales y civiles es diferente: en tanto las primeras pretenden contrarrestar el desequilibrio en la capacidad negocial de las partes, mientras que la reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado.

Por último, destacó que la protección que la Constitución ordena brindar contra la interferencia ilegítima de terceros en los derechos de las personas (artículos 18 y 19 CN) no es la misma que corresponde a la previsión (social o colectiva) que abarca también daños derivados de riesgos lícitos e incluso autoinfligidos, especialmente en materia laboral (artículos 14 bis y 75.12 CN) y que la diferencia entre ambos tipos de riesgo se pone de manifiesto en el diverso impacto de unos y otros en la ecuación económico financiera del seguro.

6º) La recurrente objeta la postura del *a quo* que entiende que no es compatible el planteo de inconstitucionalidad del artículo 15 de la LRT de la viuda con sustento en que su aplicación no “reparaba integralmente” el daño producido por la muerte de su esposo, en función de la naturaleza y objetivos de ese sistema legal, diseñado para cubrir los riesgos derivados de los accidentes de trabajo.

Tal agravio no es procedente. Ello así, pues el fundamento del fallo resulta concordante con la idea expuesta en el precedente “Díaz” ya reseñada en el considerando anterior, según la cual acoger las genéricas impugnaciones de la actora, afectaría la ecuación económico financiera del contrato de seguro dado los diferentes objetivos que persiguen el sistema laboral y el común. De ahí, la afirmación de la cámara de que la “reparación integral” pretendida, solo podría haberse perseguido a partir de la atribución de alguno de los factores de imputación de responsabilidad establecidos en el Código Civil.

Por ello, se desestima el recurso extraordinario deducido y se confirma la sentencia apelada.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Liliana Mirta Lucca de Hoz**, representada por el Dr. **Fernando L. Ratti**.

Traslado contestado por **Federación Patronal Seguros S.A.**, representada por el Dr. **Juan Agustín Massa**, y por **Eduardo Taddei**, representado por el Dr. **Héctor Jorge Navarro**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 11**.

SERGIO ROTA c/ IATA SAIC Y F Y O.

CONCURSOS.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de revocatoria concursal deducida con base en el conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor ya que al sostener que el acreedor no cumplió con los requisitos de admisibilidad de la acción de los arts. 120 y 124 de la ley 24.522 no obstante reconocer que la demanda se inició un día antes de expirar el plazo de caducidad, fundándose en que el acreedor no goza de un trienio completo para promover la acción ya que debe consumir tiempo para interpelar al síndico a fin de que la inicie y/o aguardar 30 días al efecto, dispuso una distinción que la norma no contempla.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los magistrados del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, al admitir –por mayoría– el recurso de casación deducido, revocaron las sentencias de primera y segunda instancia, dejando sin efecto la declaración de ineficacia concursal del acto de disposición de venta de un inmueble sito en el Parque Industrial de Allen durante el periodo de sospecha (arts. 119, 120 y cc., ley 24.522) y la condena a la fallida IATA S.A. y al adquirente co-demandado para responder por los daños y perjuicios derivados de la no incorporación del bien al patrimonio de la quiebra.

Para así decidir, los jueces sostuvieron que la Alzada debió expedirse respecto de la caducidad de la acción revocatoria aún cuando no hubiera sido planteada en la contestación de la demanda –sino posteriormente– dado que el plazo del artículo 124 de la ley 24.522 opera de pleno derecho y no existe posibilidad de subsanación posterior. Tras el examen de las constancias de la causa, puntualizaron que si bien la demanda se inició un día antes de expirar el plazo de 3 años desde la sentencia de quiebra, el actor no se hallaba legalmente habilitado para promoverla en razón de no haber cumplido con la intimación previa

al síndico ni esperado los 30 días que prescribe el artículo 120. Agregaron, que la presentación espontánea del funcionario expresando su desinterés en demandar o continuar la acción concursal u ordinaria –luego del desistimiento en audiencia previa del 10 de noviembre de 1998– no permitía sortear dichos recaudos de orden público concursal ya que el acreedor interesado no goza de un trienio completo para iniciar la acción pues necesariamente debe consumir algún tiempo para interpelarlo y/o aguardar los 30 días a fin de contar con legitimación al efecto.

Disconforme con el pronunciamiento, el actor –acreedor hipotecario verificado– interpuso el recurso extraordinario, que contestado por el síndico y el co-demandado, fue denegado, dando origen a esta presentación directa (v. fs. 459/464, 625/632, 859/880, 886/904, 907/909, 911/920 y 924/932 de los autos ppales. y fs. 83/87 del cuaderno de queja).

– II –

El recurrente dice que la sentencia del máximo tribunal local es arbitraria pues incurre en exceso ritual manifiesto y efectúa una interpretación de los artículos 119, 120 y 124 de la ley 24.522 que los desnaturaliza y torna inoperantes, vulnerando las garantías constitucionales consagradas en los artículos 17, 18, 19, 31, 33 y 75 inciso 12 y provocando un caso de gravedad institucional.

Aduce, en síntesis, que el decisorio soslaya que la presentación del síndico de fs. 34 fue realizada en forma coetánea (art. 124, 2do. Párrafo del CPCCN) con la demanda el día de vencimiento del plazo de caducidad, careciendo de lógica que se exija una intimación a dicho funcionario para que inicie la revocatoria concursal cuando, además de esa manifestación, de un lado, ya en noviembre de 1998 había anunciado que no iniciaría ninguna acción debido a la falta de autorización al efecto por la mayoría de acreedores; y de otro, de los autos principales surge que no había obtenido una respuesta favorable a dicho fin (v. fs. 179). Agrega, que la inequívoca intención de la ley 24.522 es que, en defecto del accionar de la Sindicatura, sea otra persona –en el caso, un acreedor– quien pueda intentar la recomposición patrimonial en los términos del artículo 119. De tal manera, concluye, si se reconoce en la sentencia que el 10 de noviembre de 1998 hubo desistimiento por parte del síndico –equiparable a una negativa– de promover la

demanda no puede negarse legitimidad sustancial al acreedor para iniciar la acción exigiendo la intimación como un mero formalismo. Todo ello en desmedro del principio de verdad jurídica objetiva y en perjuicio a los acreedores, quienes hace 16 años que esperan poder cobrar sus acreencias.

– III –

La doctrina según la cual los pronunciamientos por los que los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos extraordinarios de orden local no resultan, en principio, susceptibles de revisión por medio de la apelación federal, y que la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida con respecto a aquéllos, admite excepción cuando lo resuelto –como ocurre en el *sub lite*– no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa (Fallos: 315:356) o implica un exceso de rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 329:437, entre otros).

Defecto que –entre otros supuestos– se configura cuando la decisión prescinde de argumentaciones conducentes (Fallos: 325:350, 328:2938, entre muchos), se apoya en pautas de excesiva latitud y afirmaciones dogmáticas u omite una adecuada exégesis de las normas invocadas, produciendo un menoscabo de la fundamentación exigible a los fallos judiciales que, por ende, vulnera el derecho de defensa en juicio del impugnante (Fallos: 324:2946, 329:5594, entre otros).

Desde esa perspectiva, a mi entender, se configura un supuesto de arbitrariedad por cuanto el Tribunal Local, al rechazar la demanda de revocatoria concursal deducida con base en el conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor (arts. 119, 120 y concordantes de la ley 24.522), incurre en un injustificado rigor formal en la interpretación de las normas aplicables alterando su sentido, con un claro desmedro del derecho de accionar del actor incompatible con el derecho de defensa (Fallos: 325:717, 326:4681, 329:2179, 328:1947, 330:2140, etc.).

En efecto, los jueces concluyeron que el acreedor no cumplió con los requisitos de admisibilidad de la acción reglados en los artículos 120 y 124 de la ley 24.522, no obstante reconocer que la demanda se inició un día antes de expirar el plazo de caducidad establecido al efecto y que al día siguiente el síndico espontáneamente expresó su desinterés en

demandar o continuar la acción concursal u ordinaria luego de haber formulado con anterioridad –en una audiencia– su desistimiento a promoverla. Sustentaron dicha conclusión en que el acreedor no goza de un trienio completo para promover la acción ya que debe consumir tiempo para interpelar al síndico a fin de que la inicie y/o aguardar 30 días al efecto y en que el carácter de orden público concursal de tales exigencias impide sortearlas mediante una presentación espontánea como la aludida (v. fs. 866/870).

De tal manera, a partir del examen que realizaron respecto de la posibilidad de omitir los recaudos de intimación judicial y espera reglados en el artículo 120 de la ley 24.522, a la luz de los principios genéricos que informan el ordenamiento concursal, modifican –limitando en perjuicio de los acreedores– el plazo general de ejercicio de la acción de ineficacia concursal –artículo 119 de la ley 24.522– a que se refiere el artículo 124 de dicha ley, disponiendo una distinción que la norma no contempla (v. Fallos: 331:858, entre otros).

Por otra parte, los jueces soslayan la relevancia del desistimiento del síndico formulado en una audiencia celebrada antes que el acreedor promoviera la acción así como también su presentación de fs. 34 –antecedentes que importaron una negativa a la promoción de la acción– imponiendo al acreedor una diligencia que, en el marco referido, carecía de toda virtualidad para producir el efecto perseguido en las normas aplicables que –cabe indicar– ya estaba cumplido.

De tal suerte, como dije, más allá de la naturaleza común y formal de las cuestiones debatidas, la resolución cuenta con fundamentos sólo aparentes, antecedente que autoriza a V.E. a dejarla sin efecto.

En dicho contexto, los agravios vertidos resultan admisibles pues guardan relación directa e inmediata con la garantía de defensa en juicio que se dice vulnerada, sin que lo expuesto signifique pronunciarse sobre el fondo del asunto que es materia propia de los jueces de la causa.

En tales condiciones, opino que corresponde declarar procedente la queja, admitir el recurso, dejar sin efecto la sentencia y restituir los autos al tribunal de origen para que, por quien proceda, se dicte un nuevo fallo con ajuste a derecho. Buenos Aires, 10 de marzo 2010.
Marta A. Beiró de Gonçalves.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 17 de agosto de 2010.

Vistos los Autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Rota, Sergio c/ IATA SAIC y F y O”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, de declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **el actor, Sergio Rota**, representado por el Dr. **Sergio M. Barotto** y patrocinado por el Dr. **Roberto Punte**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de General Roca y Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 3 de dicha ciudad**.

BOLSA DE CEREALES DE BUENOS AIRES c/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA.

Corresponde a la competencia originaria de la Corte la acción declarativa prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuestionando

las normas que modificaron las obligaciones tributarias en relación al impuesto de sellos a aplicar sobre los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas, ya que como el objeto de la pretensión se vincula con la potestad y la obligación tributaria, que son aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada al órgano de la administración fiscal, la provincia demandada tiene interés directo en el pleito y debe reconocérsele el carácter de parte sustancial, sin perjuicio de la autarquía que posee la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), y corresponde además asignarle manifiesto contenido federal al caso.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA.

No corresponde a la competencia originaria de la Corte la acción declarativa prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuestionando las normas que modificaron las obligaciones tributarias en relación al impuesto de sellos a aplicar sobre los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas ya que la misma sólo procede cuando la acción entablada se basa directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante, y el *thema decidendum* hace imprescindible dilucidar puntos de derecho público provincial, en tanto lo medular de la disputa remite necesariamente a determinar los alcances de las leyes 13.613, 13.787 y 13.930 de la Provincia de Buenos Aires y de la resolución 50/08 de la Dirección Provincia de Rentas) (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Bolsa de Cereales de Buenos Aires, en su calidad de agente registrador y recaudador del impuesto de sellos, deduce la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare, entre otras cuestiones, la nulidad de la resolución determinativa y sancionatoria 50/08 de la Dirección de Rentas local, así como también la inconstitucionalidad de la Ley provincial 13.613, mediante las cuales se pretende modificar sus obligaciones tributarias en relación a dicho impuesto que debe aplicar sobre los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas ante ella registrados.

A fs. 109, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A mi modo de ver, la cuestión de competencia en examen resulta sustancialmente análoga a la que fue objeto de tratamiento por este Ministerio Público *in re* T.294. XLII, Originario “Trenes de Buenos Aires S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y Estado Nacional (tercero) s/ acción declarativa de certeza”, dictamen del 12 de junio de 2008.

En virtud de lo expuesto en esa oportunidad, cuyos fundamentos doy aquí por reproducidos *brevitatis causae*, opino que este proceso no corresponde a la instancia originaria del Tribunal, de conformidad con los arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental, toda vez que a partir de la sanción de la ley local 13.766 (arts. 1º y 2º) se otorga carácter de entidad autárquica de derecho público a la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires –ARBA–, por lo que cabe concluir que el Estado provincial no está sustancialmente demandado en autos. Buenos Aires, 12 de marzo de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 17 de agosto de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 90/108 se presenta la “Bolsa de Cereales de Buenos Aires” (según artículo 1º de su estatuto social “Bolsa de Cereales, Oleaginosos, Frutos y Productos”), y promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare: (i) que la alícuota del impuesto de sellos correspondiente a los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas registrados en esa entidad debe ser del 0,5%; (ii) que es nulo el aumento al 0,75% de esa alícuota dispuesta por acto administrativo en forma retroactiva para los períodos enero a abril de 2006, como así también las sanciones impuestas

en ese acto; (iii) que la alícuota diferencial del impuesto de sellos establecida por ley provincial 13.613 (impositiva año 2007) imponiendo el 0,9% del precio de los contratos en lugar del 0,5%, es nula y no puede aplicársele; (iv) que como consecuencia de todo ello, es nula la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la Dirección Adjunta de Fiscalización de la Dirección Provincial de Rentas.

Explica que se encuentra autorizada para actuar como entidad registradora y recaudadora del impuesto de sellos provincial desde el año 1978 y que, a nivel nacional, es certificadora de contratos de compraventa de granos a los efectos del impuesto al valor agregado (resoluciones generales AFIP 257/98 y 2300/2007), y también refrenda y registra esos contratos para que los beneficiarios accedan a las compensaciones al consumo interno de productos derivados del trigo, maíz, girasol y soja (resoluciones M.E. 9/07 y ONCCA 11/07, 378/07 y 1887/07).

Afirma que en virtud de la aplicación efectuada por la autoridad tributaria local en la resolución 50/08 cuestionada, se modificó el alcance legislativo que hasta ese momento se le asignó a la ley 13.404 (impositiva año 2006), según el cual los contratos que se registraban en la Bolsa de Cereales contribuían con una alícuota reducida, que en el último tiempo y especialmente en el período determinado por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), era del 0,5% del precio establecido.

Señala que en la resolución impugnada se determinaron diferencias a pagar en concepto de impuesto de sellos correspondiente a los contratos registrados en la entidad durante el período enero a abril de 2006, por la suma de \$ 4.575.505,82, variando retroactivamente –según sostiene– la alícuota preferencial aplicada hasta entonces del 0,5%, al 0,75%. Asimismo –continúa– se impuso una multa por omisión (artículo 53, Código Fiscal local – ley 10.397, T.O. 2004) y el recargo previsto en el artículo 51, inciso f del mismo ordenamiento legal.

Destaca que la Bolsa de Cereales, en caso de que el Tribunal Fiscal provincial confirme la resolución 50/08, debería afrontar el pago de la diferencia determinada, la multa y el recargo referidos.

Alega que el argumento esgrimido como fundamento de esa decisión, es que la ley 13.404 establece –según se sostiene en la resolución

cuestionada— que para acceder al beneficio de la alícuota preferencial es necesario que los instrumentos se encuentren registrados en la delegación ubicada en la Provincia de Buenos Aires, de las bolsas o entidades o asociaciones autorizadas por la Dirección Provincial de Rentas, y que tal requisito no lo cumpliría la demandante, razón por la cual se aplicó al período que comprende la determinación tributaria (enero a abril de 2006) la alícuota del 0,75% prevista en el artículo 27, inciso A, apartado 11, punto a, de la citada ley impositiva del año 2006.

Pone de resalto que si bien cumple con sus obligaciones fiscales en forma centralizada en su sede de la Ciudad de Buenos Aires, también posee una delegación en Necochea y su archivo de documentos registrados en el Partido de Moreno, ambos en territorio provincial, y afirma que hasta la sanción de la ley 13.613 del año 2007, las leyes impositivas locales jamás previeron la obligación de registrar los contratos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, y menos aún de recaudar el impuesto de sellos en dicha jurisdicción.

Aduce que la cuestión traída a debate no es la mera interpretación de normas tributarias de derecho local, sino su incompatibilidad con los principios de legalidad e igualdad consagrados en la Constitución Nacional que rigen en la materia, y con las normas federales tributarias —en particular la Ley del Impuesto al Valor Agregado y la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos— y de subsidio al consumo interno, que permiten al Gobierno Nacional preservar la estabilidad de precios, que considera un elemento central de la estabilidad macroeconómica.

Agrega que la alícuota establecida en la resolución impugnada y en la legislación posterior —a la que califica de discriminatoria—, también afecta el comercio internacional de granos, que por la cláusula comercial de la Constitución (artículo 75, inciso 13) es competencia del Estado Nacional, dado que al establecerse que los contratos que se registren en la Bolsa de Cereales de Buenos Aires deban afrontar un tributo más elevado, se produce un costo mayor a los exportadores de cereales.

Invoca además una supuesta afectación al régimen de retención del impuesto al valor agregado aplicable a las operaciones de comercialización de granos no destinados a la siembra (resolución general AFIP 2300/2007), y al sistema de subsidios a los granos y oleaginosas

que sean utilizados para el consumo interno (resolución 9/2007 del Ministerio de Economía).

A fs. 110/114 se amplía la demanda en los términos de los artículos 331 y 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declare la nulidad de las leyes impositivas de la Provincia de Buenos Aires 13.787 y 13.930 correspondientes a los años 2008 y 2009, respectivamente, en cuanto también establecen respecto al impuesto de sellos una alícuota especial más gravosa aplicable a aquellos contratos que no se registren en entidades con sede social en la provincia.

Sostiene que existe una clara situación de incertidumbre debido a la acción iniciada por el Fisco provincial, que incluye un embargo sobre los bienes de los miembros de la comisión directiva de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires.

A fs. 126/128 la actora amplía nuevamente la demanda, e incorpora al proceso copia certificada de la resolución del 22 de mayo de 1978 (fs. 119/120), mediante la cual se la autorizó a recaudar el impuesto de sellos con alícuota reducida.

Agrega asimismo copia del informe 112/07 de la Dirección Técnica Tributaria, cuyas conclusiones –afirma– demuestran la discriminación que sufre la Bolsa de Cereales, en tanto allí se expresa “que la intención del legislador –en referencia al artículo 27, inciso A, apartado 11, punto a) de la ley 13.613– fue propiciar que los ingresos provenientes del ‘derecho de registro’ sean percibidos por las entidades locales situadas en el lugar donde se verifican las circunstancias mencionadas”, esto es, en la localidad en que se encuentran los bienes y mercaderías objeto de los contratos de compraventa de granos.

Explica que el servicio de registración de los contratos sobre los que la Bolsa recauda el impuesto de sellos, tiene como contraprestación el llamado “derecho de registro” que cobran las entidades registradoras, y que en el caso concreto es del 0,2% sobre el precio del contrato.

Aduce que como los operadores del mercado de granos y oleaginosas tratan de disminuir o, al menos, mantener sus costos, al aumentar la alícuota del impuesto del 0,5% al 0,9%, se desvía el registro de los contratos de la Bolsa de Cereales hacia otras entidades y con ello también los ingresos correspondientes al “derecho de registro”.

Detalla los porcentajes en que disminuyó la registración de contratos en la entidad, y el perjuicio económico actual que tal situación le genera.

2º) Que a fs. 118 la señora Procuradora Fiscal opina que el proceso no corresponde a la competencia originaria de este Tribunal porque entiende que no es el Estado provincial el que participa de la relación jurídica en que se apoya la demanda, sino la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), por su condición de entidad autárquica (artículos 1º y 2º de la ley local 13.766). Cita en apoyo de su dictamen el precedente “Argencard S.A. c/ Misiones, Provincia de”, Fallos: 330:103.

3º) Que en virtud de lo decidido por este Tribunal en la causa “Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Misiones, Provincia de y otros” (Fallos: 332:1422), a cuyos fundamentos y conclusión corresponde remitir en razón de brevedad, como el objeto de la pretensión se vincula con la potestad y la obligación tributaria, que son aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada al órgano de la administración fiscal, cabe concluir que la provincia demandada tiene interés directo en el pleito, y que debe reconocérsele el carácter de parte sustancial, sin perjuicio de la autarquía que posee la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA).

4º) Que, sentado ello, resulta propicio recordar que cuando, como en el *sub examine*, dentro de una causa en la que una provincia es parte se impugna una norma provincial de alcances generales con base en que violaría la Constitución Nacional y, además, en dicha alegación se funda directa y exclusivamente la demanda entablada, lo medular de la disputa remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de uno o más preceptos de la Ley Fundamental, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia y permitirá apreciar si ha existido la mentada violación. Determinar, entonces, la inteligencia de las cláusulas constitucionales en juego –a la luz de las ideas rectoras que les dieron origen y de un progresivo enriquecimiento de sus contenidos que, empero, no las desarraiga de sus fuentes– no sólo resulta decisivo para concluir si la norma local se compadece o no con la Constitución Nacional, sino que pone en acto una de las funciones más trascendentes que en nuestro sistema compete a esta Corte, cual es la de dar a aquélla su cabal significado (conf. “Castro, Ramón Andrés c/ Provincia de Salta”, Fallos: 311:2154).

5º) Que lo señalado explica tanto que el Tribunal haya reiteradamente establecido que es competente para conocer originariamente en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia, cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la contraria, y que la inconstitucionalidad de leyes y decretos provinciales constituye una típica cuestión de esa especie (Fallos: 211:1162; 311:810; 318:30, entre otros), cuanto que no haya hecho diferencia alguna sobre qué principios, derechos o garantías de la Constitución Nacional era menester interpretar para poder determinar si habían sido o no violados por las normas locales. En todos los casos habilitó su instancia originaria por el manifiesto contenido federal de la causa, derivado de que el cuestionamiento constitucional de las normas provinciales ponía en cuestión la inteligencia de preceptos de la Ley Fundamental, determinando consiguientemente, su competencia originaria y exclusiva (Fallos: 311:2154 citado).

6º) Que de los términos de la demanda, a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, según el artículo 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:229, 1239 y 2230; 312:808; 314:417, se desprende que el planteo efectuado va más allá de lo que puede entenderse por nuda violación de una garantía constitucional, expresión que el Tribunal ha utilizado para calificar a aquellos casos en los cuales –a diferencia del presente– lo esencial no pasa por la inteligencia de las cláusulas constitucionales en las que se funda directa y exclusivamente la demanda (conf. Fallos: 307:2249, considerando 5º, párrafo 2º y 311:2154, considerando 8º).

En efecto, dada la índole del cuestionamiento efectuado, la solución del litigio exigirá precisar el sentido y los alcances de los principios de legalidad y de igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas, que rigen en materia tributaria (arts. 4, 16, 17 y 75 de la Constitución Nacional), circunstancia que permitirá apreciar si existe la alegada violación constitucional.

7º) Que si bien en el *sub lite* no sólo se cuestionan normas provinciales de alcances generales (leyes 13.613, 13.787 y 13.930), sino que también se impugna un acto administrativo que –según se esgrime– lesiona derechos individuales de la demandante (resolución 50/08 de la Dirección Provincial de Rentas), lo cierto es que la íntima y fundamental vinculación que existe entre ambas cuestiones exige que se sustancien en un mismo proceso, en la medida en que entre los fundamentos en

que se sustenta la decisión adoptada en ese acto administrativo, se citan las disposiciones de la ley impositiva local del año 2007 (13.613) también impugnada por esta vía.

8º) Que en virtud de lo expuesto, y en mérito a lo decidido por esta Corte en los precedentes de Fallos: 316:2855; 318:30; 322:1781 y 329:3890, corresponde asignarle manifiesto contenido federal al presente caso; en consecuencia, cabe concluir que es de aquellos reservados a la competencia originaria del Tribunal establecida en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inciso 1º, del decreto-ley 1285/58.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte. II. Correr traslado de la demanda y de sus ampliaciones a la Provincia de Buenos Aires por el plazo de sesenta días (arts. 322 y 338 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). A los fines de su notificación al señor gobernador y al señor fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal correspondiente. Notifíquese a la actora por cédula que se confeccionará por Secretaría, y comuníquese al señor Procurador General.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, Y DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que a fs. 90/108 se presenta la “Bolsa de Cereales de Buenos Aires” (según artículo 1º de su estatuto social “Bolsa de Cereales, Oleaginosos, Frutos y Productos”), y promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la

Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare: (i) que la alícuota del impuesto de sellos correspondiente a los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas registrados en esa entidad debe ser del 0,5%; (ii) que es nulo el aumento al 0,75% de esa alícuota dispuesta por acto administrativo en forma retroactiva para los períodos enero a abril de 2006, como así también las sanciones impuestas en ese acto; (iii) que la alícuota diferencial del impuesto de sellos establecida por ley provincial 13.613 (impositiva año 2007) imponiendo el 0,9% del precio de los contratos en lugar del 0,5%, es nula y no puede aplicársele; (iv) que como consecuencia de todo ello, es nula la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la Dirección Adjunta de Fiscalización de la Dirección Provincial de Rentas.

Explica que se encuentra autorizada para actuar como entidad registradora y recaudadora del impuesto de sellos provincial desde el año 1978 y que, a nivel nacional, es certificadora de contratos de compraventa de granos a los efectos del impuesto al valor agregado (resoluciones generales AFIP 257/98 y 2300/2007), y también refrenda y registra esos contratos para que los beneficiarios accedan a las compensaciones al consumo interno de productos derivados del trigo, maíz, girasol y soja (resoluciones M.E. 9/07 y ONCCA 11/07, 378/07 y 1887/07).

Afirma que en virtud de la aplicación efectuada por la autoridad tributaria local en la resolución 50/08 cuestionada, se modificó el alcance legislativo que hasta ese momento se le asignó a la ley 13.404 (impositiva año 2006), según el cual los contratos que se registraban en la Bolsa de Cereales contribuían con una alícuota reducida, que en el último tiempo y especialmente en el período determinado por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), era del 0,5% del precio establecido.

Señala que en la resolución impugnada se determinaron diferencias a pagar en concepto de impuesto de sellos correspondiente a los contratos registrados en la entidad durante el período enero a abril de 2006, por la suma de \$ 4.575.505,82, variando retroactivamente –según sostiene– la alícuota preferencial aplicada hasta entonces del 0,5%, al 0,75%. Asimismo –continúa– se impuso una multa por omisión (artículo 53, Código Fiscal local – ley 10.397, T.O. 2004) y el recargo previsto en el artículo 51, inciso f del mismo ordenamiento legal.

Destaca que la Bolsa de Cereales, en caso de que el Tribunal Fiscal provincial confirme la resolución 50/08, debería afrontar el pago de la diferencia determinada, la multa y el recargo referidos.

Alega que el argumento esgrimido como fundamento de esa decisión, es que la ley 13.404 establece –según se sostiene en la resolución cuestionada– que para acceder al beneficio de la alícuota preferencial es necesario que los instrumentos se encuentren registrados en la delegación ubicada en la Provincia de Buenos Aires, de las bolsas o entidades o asociaciones autorizadas por la Dirección Provincial de Rentas, y que tal requisito no lo cumpliría la demandante, razón por la cual se aplicó al período que comprende la determinación tributaria (enero a abril de 2006) la alícuota del 0,75% prevista en el artículo 27, inciso A, apartado 11, punto a, de la citada ley impositiva del año 2006.

Pone de resalto que si bien cumple con sus obligaciones fiscales en forma centralizada en su sede de la Ciudad de Buenos Aires, también posee una delegación en Necochea y su archivo de documentos registrados en el Partido de Moreno, ambos en territorio provincial, y afirma que hasta la sanción de la ley 13.613 del año 2007, las leyes impositivas locales jamás previeron la obligación de registrar los contratos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, y menos aún de recaudar el impuesto de sellos en dicha jurisdicción.

Aduce que la cuestión traída a debate no es la mera interpretación de normas tributarias de derecho local, sino su incompatibilidad con los principios de legalidad e igualdad consagrados en la Constitución Nacional que rigen en la materia, y con las normas federales tributarias –en particular la Ley del Impuesto al Valor Agregado y la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos– y de subsidio al consumo interno, que permiten al Gobierno Nacional preservar la estabilidad de precios, que considera un elemento central de la estabilidad macroeconómica.

Agrega que la alícuota establecida en la resolución impugnada y en la legislación posterior –a la que califica de discriminatoria–, también afecta el comercio internacional de granos, que por la cláusula comercial de la Constitución (artículo 75, inciso 13) es competencia del Estado Nacional, dado que al establecerse que los contratos que se registren en la Bolsa de Cereales de Buenos Aires deban afrontar un tributo más elevado, se produce un costo mayor a los exportadores de cereales.

Invoca además una supuesta afectación al régimen de retención del impuesto al valor agregado aplicable a las operaciones de comercialización de granos no destinados a la siembra (resolución general AFIP 2300/2007), y al sistema de subsidios a los granos y oleaginosas que sean utilizados para el consumo interno (resolución 9/2007 del Ministerio de Economía).

A fs. 110/114 se amplía la demanda en los términos de los artículos 331 y 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declare la nulidad de las leyes impositivas de la Provincia de Buenos Aires 13.787 y 13.930 correspondientes a los años 2008 y 2009, respectivamente, en cuanto también establecen respecto al impuesto de sellos una alícuota especial más gravosa aplicable a aquellos contratos que no se registren en entidades con sede social en la provincia.

Sostiene que existe una clara situación de incertidumbre debido a la acción iniciada por el Fisco provincial, que incluye un embargo sobre los bienes de los miembros de la comisión directiva de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires.

A fs. 126/128 la actora amplía nuevamente la demanda, e incorpora al proceso copia certificada de la resolución del 22 de mayo de 1978 (fs. 119/120), mediante la cual se la autorizó a recaudar el impuesto de sellos con alícuota reducida.

Agrega asimismo copia del informe N° 112/07 de la Dirección Técnica Tributaria, cuyas conclusiones –afirma– demuestran la discriminación que sufre la Bolsa de Cereales, en tanto allí se expresa “que la intención del legislador –en referencia al art. 27, inciso A), apartado 11, punto a) de la ley 13.613– fue propiciar que los ingresos provenientes del ‘derecho de registro’ sean percibidos por las entidades locales situadas en el lugar donde se verifican las circunstancias mencionadas”, esto es, en la localidad en que se encuentran los bienes y mercaderías objeto de los contratos de compraventa de granos.

Explica que el servicio de registración de los contratos sobre los que la Bolsa recauda el impuesto de sellos, tiene como contraprestación el llamado “derecho de registro” que cobran las entidades registradoras, y que en el caso concreto es del 0,2% sobre el precio del contrato.

Aduce que como los operadores del mercado de granos y oleaginosas tratan de disminuir o, al menos, mantener sus costos, al aumentar la

alícuota del impuesto del 0,5% al 0,9%, se desvía el registro de los contratos de la Bolsa de Cereales hacia otras entidades y con ello también los ingresos correspondientes al “derecho de registro”.

Detalla los porcentajes en que disminuyó la registración de contratos en la entidad, y el perjuicio económico actual que tal situación le genera.

2º) Que a fs. 118 la señora Procuradora Fiscal opina que el proceso no corresponde a la competencia originaria de este Tribunal porque entiende que no es el Estado provincial el que participa de la relación jurídica en que se apoya la demanda, sino la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), por su condición de entidad autárquica (artículos 1º y 2º de la ley local 13.766). Cita en apoyo de su dictamen el precedente “Argencard S.A. c/ Misiones, Provincia de” (Fallos: 330:103).

3º) Que en virtud de lo decidido por este Tribunal en la causa A.2103.XLII “Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Misiones, Provincia de y otros s/ acción de repetición y declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 9 de junio de 2009, a cuyos fundamentos y conclusión corresponde remitir en razón de brevedad, como el objeto de la pretensión se vincula con la potestad y la obligación tributaria, que son aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada al órgano de la administración fiscal, cabe concluir que la provincia demandada tiene interés directo en el pleito, y que debe reconocérsele el carácter de parte sustancial, sin perjuicio de la autarquía que posee la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA).

4º) Que, sentado ello, resulta propicio recordar que esta Corte reiteradamente ha establecido que la apertura de su jurisdicción originaria en razón de la materia solo procede cuando la acción entablada se basa **directa y exclusivamente** en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa. Por lo mismo, dicha jurisdicción será improcedente cuando se incluyan cuestiones de índole local y de competencia de los poderes provinciales (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244 y sus citas; 318:2457 y 2534; 319:744, 1292; 322:1470, entre otros) a fin de lograr el equilibrio que debe coexistir evitando acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (causa D.1765.XLI “Díaz, Ruth

Inés c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 19 de diciembre de 2006, Fallos: 329:5814).

5°) Que de la reseña efectuada resulta que el *thema decidendum* en esta causa hace imprescindible dilucidar puntos de derecho público provincial. En efecto, lo medular de la disputa remite necesariamente a determinar los alcances de las leyes provinciales 13.613, 13.787 y 13.930 y del acto administrativo referido (resolución 50/08 de la Dirección Provincial de Rentas), cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia. Esta circunstancia impide considerar que el asunto corresponde a la competencia originaria de esta Corte en razón de la materia, limitada –como se expresó– a los asuntos basados directa y exclusivamente en preceptos federales. En consecuencia, resulta ineludible que la afectación que se invoca sea examinada en primer término por las autoridades de la provincia, en tanto se efectúa un planteo conjunto y no exclusivamente federal –como se requiere para que proceda la instancia originaria de la Corte– (conf. causa “Díaz, Ruth” antes citada). Ello sin perjuicio de que el Tribunal pueda entender, en su momento, de los temas federales comprometidos en el *sub lite* por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48.

6°) Que no empece a lo expuesto el hecho de que el actor invoque el respeto de cláusulas constitucionales que, según su interpretación, garantizarían el derecho invocado, pues la nuda violación de garantías de tal naturaleza, provenientes de autoridades de provincia, no sujeta por sí solas las causas que de ellas surjan al fuero federal.

7°) Que la solución que se propone tiene respaldo en el respeto al sistema federal y de las autonomías provinciales que exige se reserve a los jueces locales el conocimiento y la decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios de su derecho público, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 308:2564; 310:295, 2841; 311:1791; 312:282; 318:992; 327:436, entre otros).

Por ello y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que esta causa no es de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

Parte actora: **“Bolsa de Cereales” (según estatuto social “Bolsa de Cereales, Oleaginosos, Frutos y Productos”)**, representada por su letrado apoderado, **Dr. Adrián Vera**, con el patrocinio de los **Dres. Juan Vicente Sola y Horacio E. Gorosito**.
Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**.

BANCO DEL CHUBUT S.A.

HONORARIOS: Empleados a sueldo de la Nación.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que reconoció al actor el derecho al cobro de los honorarios por los trabajos profesionales realizados como representante del Fisco Nacional ya que ello restringe las atribuciones de este último para disponer de esos emolumentos, en tanto en aquellos supuestos en que una repartición del Estado Nacional designa a uno de sus agentes para que lo represente en un proceso judicial éste no ejerce su actividad en función de un contrato de derecho privado, como los de mandato o locación de servicios sino en virtud de la relación de empleo público que lo une con el organismo ya que, en principio, el cumplimiento de la función pública es remunerado con un sueldo previsto como erogación en el presupuesto, y máxime cuando la demandada comunicó al tribunal que los honorarios debían ser depositados únicamente en el Banco de la Nación Argentina.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 305 de los autos principales (a los que me referiré en adelante), la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, al confirmar la sentencia de la instancia anterior, reconoció al Dr. Guillermo Löwy el derecho al cobro de los honorarios por los trabajos profesionales realizados en esta causa como representante del Fisco Nacional (Dirección General Impositiva).

Añadió que esta decisión era adoptada sin perjuicio de que ese letrado, titular del derecho, deba o no ceder esos honorarios al organismo

recaudador luego de su cobro en virtud de la relación que los vinculaba, cuestión ajena al objeto procesal de este juicio.

– II –

Disconforme, la AFIP-DGI interpuso el recurso extraordinario de fs. 315/330, que, denegado por el *a quo* a fs. 339/340, motivó la presente queja.

Señaló que, por imperio del art. 98, segundo párrafo, de la ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones), de sus resoluciones internas 265 y 1.405, y de sus disposiciones 6.122 y 493/05, los honorarios regulados a los representantes de la AFIP-DGI pertenecen a la institución recaudadora y deben ingresarse en las cuentas habilitadas a tal fin.

Reconoció que, posteriormente, esas sumas serán distribuidas conforme a las pautas que establece la Administración y que el letrado actuante percibirá un porcentaje, excepto que el organismo fiscal decida, en uso de sus facultades, condonarlas.

Por ello, subrayó, al reconocer al Dr. Guillermo Löwy el derecho al cobro de los honorarios, el pronunciamiento recurrido se alza contra aquellos preceptos legales y reglamentarios y también contra el criterio sentado por V.E. en Fallos: 306:1238, en que se estableció que las cantidades reguladas en calidad de honorarios en procesos judiciales a los representantes fiscales pertenecen al Tesoro en virtud de la relación de empleo público que los une con el organismo administrativo.

Por último, destacó la gravedad institucional de la cuestión en debate, en virtud de la gran cantidad de abogados, funcionarios y agentes que se encuentran en idéntica situación a la aquí ventilada y el efecto multiplicador que el fallo recurrido pudiera tener, con grave compromiso para el normal funcionamiento del Estado.

– III –

Cabe poner de relieve, en primer lugar, que no obstante que V.E. ha señalado que el recurso extraordinario no procede respecto de aquellas decisiones en las que se halle en juego la interpretación y aplicación de normas de derecho común y procesal, o en procedimientos de ejecución, por carecer las que allí se dicten del carácter de sentencia definitiva, también ha admitido el remedio excepcional cuando la decisión objetada pueda provocar agravios de imposible reparación posterior.

Estimo que ello sucede en el *sub lite*, en que el declarado derecho al cobro de los honorarios por parte del Dr. Guillermo Löwy, por sus trabajos profesionales en esta causa como representante del Fisco Nacional, restringe las atribuciones de este último para disponer de esos emolumentos y frustra el derecho federal que invoca como sustento de esas facultades.

No escapa a mi análisis que el letrado ha percibido, con posterioridad a la interposición del recurso extraordinario y de su contestación, la totalidad de los honorarios regulados (cfr. constancias de los cheques librados a fs. 381 vta., 385 vta., 396 vta. y 404 vta.). Sin embargo, en mi parecer, no queda cancelada la competencia extraordinaria del Tribunal, frente al evidente interés jurídico que tiene la demandada en dilucidar quién posee derecho en definitiva a su cobro en el expediente judicial, con prescindencia tanto de los pagos señalados como de los posteriores mecanismos de liquidación o distribución que se implementen.

Al respecto, el Tribunal ha sido claro cuando señaló que en aquellos supuestos en que una repartición del Estado Nacional designa a uno de sus agentes para que lo represente en un proceso judicial, éste no ejerce su actividad en función de un contrato de derecho privado, como los de mandato o locación de servicios, sino en virtud de la relación de empleo público que lo une con el organismo (Fallos: 308:1965; 317:1674, 1759; 319:318; 325:250, entre otros), siendo que, por principio, el cumplimiento de la función pública es remunerado con un sueldo previsto como erogación en el presupuesto. Tal circunstancia llevó a la Corte a declarar que los agentes públicos que gozan de aquél no son acreedores a honorarios por los servicios que prestan en el desempeño de su cargo, teniendo por única remuneración la retribución que las leyes les asignen (Fallos: 330:4721 y sus citas).

Sentado lo anterior, observo que la demandada –a través de otro de sus representantes, la Dra. Bandini– comunicó al tribunal de primera instancia que los honorarios debían ser depositados únicamente en la cuenta 2458/99 del Banco de la Nación Argentina, sucursal Plaza de Mayo, a través del formulario F.125 pertinente y, asimismo, denunció la existencia de un sistema de distribución de esos emolumentos para los representantes fiscales, para lo cual acompañó las disposiciones reglamentarias que lo regulan (cfr. fs. 258/259). Sin embargo, tanto el juez de mérito como la Cámara desconocieron, sin dar fundamento alguno, la validez de estos actos de la Administración. En tal aspecto, es

mi opinión que la sentencia recurrida no satisface sino en forma aparente la necesidad de ser derivación del derecho vigente, con adecuada referencia a los hechos de la causa, por lo que correspondería atender los agravios del apelante en cuanto a la arbitrariedad que imputa a lo resuelto (Fallos: 318:1151).

– IV –

Por lo expuesto, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, conceder el recurso extraordinario, dejar sin efecto la decisión apelada en cuanto fue materia de éste y mandar que se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 31 de julio de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 24 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Dirección General Impositiva – Administración Federal de Ingresos Públicos en la causa Banco del Chubut SA s/ impugna resolución administrativa de la Dirección General Impositiva s/ ordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo. Agréguese la queja al principal y devuélvase el depósito de fs. 57. Notifíquese y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **la Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva, demandada en autos**, representada por **la Dra. Silvia Patricia del Carmen Bandini**, con el patrocinio letrado del **Dr. Mauricio Sebastián Britapaja**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Rawson**.

MARCOS ANTONIO MORENO HERRERA

DEFENSA EN JUICIO.

Si la defensora oficial se limitó a señalar que no existía prueba suficiente respecto de la autoría sin efectuar una crítica precisa y razonada de los argumentos en que se basaba la sentencia apelada corresponde decretar la nulidad del escrito de fundamentación del recurso extraordinario y del auto que lo denegó y devolver los autos al superior tribunal provincial a fin de que provea lo conducente para que se le otorgue al imputado una efectiva asistencia letrada con carácter previo a la decisión sobre la procedencia del recurso, ya que este déficit de fundamentación importó un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–Los jueces Lorenzetti, Petracchi y Argibay desestimaron la queja por no haber dado cumplimiento al art. 7º, inc. c, del reglamento aprobado por la acordada 4/2007–.

–La jueza Highton de Nolasco consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 24 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Marcos Antonio Moreno Herrera en la causa Moreno Herrera, Marcos Antonio s/ robo con homicidio y encubrimiento por receptación agravada – causa N° 72.506”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el apelante no ha dado cumplimiento a los recaudos establecidos en el art. 7º, inc. c, del reglamento aprobado por la acordada 4/2007, por lo que corresponde declarar inadmisibles esta presentación directa.

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que, dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que rechazó el recurso de casación deducido contra la sentencia que había condenado a Marcos Antonio Moreno Herrera a la pena de catorce años de prisión por el delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal), el nombrado interpuso desde su lugar de detención el recurso extraordinario federal cuya denegación –previo traslado a la defensa oficial– dio origen a esta queja.

2º) Que los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, de lo que se deriva el deber de los tribunales de suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda (Fallos: 311:2502).

3º) Que el breve escrito de fundamentación del recurso extraordinario elaborado por la defensora oficial no cumple sino sólo de manera formal con esa doctrina, pues se limita a señalar que no existe prueba suficiente respecto de la autoría que se atribuye a Moreno Herrera, sin efectuar una crítica precisa y razonada de los argumentos en que se basa la sentencia apelada. Este ostensible déficit de fundamentación importa un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad de dicho escrito por carecer de una efectiva asistencia letrada, máxime que se trataba de una defensa técnica provista por el Estado (Fallos: 330:3526) y en un caso como en el de autos en el que es exigible la fundamentación del recurso extraordinario en el momento de su interposición (art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En estas condiciones, corresponde devolver los autos al superior tribunal provincial a fin de que provea lo conducente para que se le otorgue al imputado una efectiva asistencia letrada con carácter previo a la decisión sobre la procedencia del recurso extraordinario (conf. *mutatis mutandi*, Fallos: 308:1386 y 314:1514).

Por ello, se hace lugar a la queja y se decreta la nulidad del escrito de fundamentación del recurso extraordinario y del auto que lo denegó. Hágase saber, acumúlese al principal y remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **la Defensa Oficial de Marcos Antonio Moreno Herrera**, representado por la Dra. **Cristina Sánchez –Defensora Oficial–**.
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial**.

JULIO OLENDER c/ EDUARDO TARAKDJIAN Y OTRO

EMERGENCIA ECONOMICA.

Corresponde revocar la sentencia que confirmó el rechazo del pedido formulado por uno de los deudores para que los aportes del Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria se extendieran hasta cubrir el monto total de la sentencia que había quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada si la sentencia declaró la inaplicabilidad de las normas de emergencia económica en razón de que la mora se había producido con anterioridad a la entrada en vigencia de esas normas, circunstancia que habilita la aplicación de la ley 26.497, en razón de que la conjunción “y/o” utilizada por el art. 1º de la citada ley denota que no resulta necesario que se hubiese declarado la inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad tanto de las normas de emergencia económica como del régimen de refinanciación hipotecaria, sino que basta que se haya adoptado esa decisión respecto de uno sólo de esos bloques normativos.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 24 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Eduardo Tarakdjian en la causa Olender, Julio c/ Tarakdjian, Eduardo y otro”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó el de primera instancia

que había rechazado el pedido formulado por uno de los deudores para que los aportes del Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria –conforme con las previsiones de la ley 26.497– se extendieran hasta cubrir el monto total de la sentencia que había quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, el vencido interpuso el recurso extraordinario cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2º) Que para adoptar esa decisión la alzada sostuvo que la opción efectuada por parte del coejecutado de cancelar la deuda en la forma indicada en la ley 26.167 (conf. fs. 575 y escrito de fs. 616), obstaba a que se aplicaran las previsiones de la ley 26.497. Asimismo, expresó que compartía los fundamentos del dictamen del Fiscal General de Cámara que había sostenido que no se encontraban reunidos los recaudos exigidos por el art. 1º de la ley 26.497, porque en el caso no se había declarado la inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad de las normas de emergencia.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible porque en autos se ha objetado la validez e inteligencia de normas federales y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). También se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y deben ser examinadas conjuntamente (Fallos: 323:1625, entre muchos otros).

4º) Que del examen de las actuaciones surge que la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2002 –que quedó firme– declaró la inaplicabilidad de las normas de emergencia económica en razón de que la mora se había producido con anterioridad a la entrada en vigencia de esas normas, circunstancia que habilita la aplicación de la ley 26.497, en razón de que la conjunción “y/o” utilizada por el art. 1º de la citada ley denota que no resulta necesario que se hubiese declarado la inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad tanto de las normas de emergencia económica como del régimen de refinanciación hipotecaria, sino que basta que se haya adoptado esa decisión respecto de uno sólo de esos bloques normativos.

5º) Que, por lo demás, el hecho de que el ejecutado hubiese hecho opción del sistema de pago previsto por la ley 26.167, no obstaba a que con posterioridad hubiese requerido la extensión de los aportes del fondo fiduciario previsto por la ley 26.497, en razón de que ésta última norma entró en vigencia con posterioridad al ejercicio de esa opción y

el régimen de pago allí establecido no sólo resultaba complementario del sistema de refinanciación hipotecaria previsto originariamente, sino que otorgó una mayor protección a los deudores hipotecarios de vivienda única y respetó en su integridad el crédito reconocido judicialmente a los acreedores.

Por ello, resultando inoficioso que dictamine el señor Procurador General, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por el coejecutado y se revoca la decisión apelada en cuanto declaró inaplicable al caso la ley 26.497. En consecuencia, al haber manifestado el deudor su intención de cancelar la deuda conforme con las disposiciones de la citada ley (conf. escrito de fs. 625), corresponde continuar con el procedimiento allí establecido. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese la queja al principal, y reintégrese el depósito de fs. 2. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que se cumpla, según el alcance indicado, con el trámite previsto por la ley 26.497.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Eduardo Tarakdjian**, en su calidad de **coejecutado**, con el patrocinio letrado del Dr. **Eduardo Agustín Costa**.

Tribunal de origen: **Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 32**.

RAMON ARMANDO RUIZ

DEFENSA EN JUICIO.

La afirmación de que –a fin de cubrir la existencia del estado de indefensión según el régimen de subrogaciones del Ministerio Público– ante la ausencia de su defensor el imputado quedaba representado en forma automática por el asistente del coimputado, constituye sólo una respuesta formal que no puede tener cabida –como lo demuestran las constancias de la causa cuya consideración el tribunal omitió– ya que no es jurídicamente posible que el mismo defensor se haga cargo de la asistencia de ambos imputados, habida cuenta del carácter contrapuesto

de los intereses que cada uno de ellos mantiene en el proceso, que obsta a un patrocinio letrado común.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

—La jueza Argibay, en disidencia, consideró que el recurso de interposición de la queja fue presentado fuera del plazo correspondiente (arts. 158, 282 y 285 del CPCCN)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

La Cámara en lo Criminal de la Cuarta Circunscripción Judicial, de la ciudad de Gualeguay, Provincia de Entre Ríos, condenó a Ramón Armado Ruiz a la pena de ocho años de prisión como coautor responsable del los delitos de robo agravado y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real (fs. 335/358 del expte. principal).

El imputado fue notificado de la sentencia en la audiencia que se celebró a tal efecto (fs. 359), a la que no asistió, por hallarse en uso de licencia, su defensor oficial (fs. 370), quien con posterioridad fue notificado en su despacho (fs. 370 vta.) y, acto continuo, interpuso recurso de casación (fs. 371/375), que fue concedido (fs. 377).

El Superior Tribunal de Justicia lo declaró extemporáneo tras verificar que el plazo recursivo había expirado desde la audiencia de lectura de la sentencia en la que estaba presente el imputado, sin que la ausencia de su defensor oficial en ese acto pudiese alterar el cómputo del término, en virtud de que “la ley de los Ministerios Públicos prevé las respectivas subrogaciones” en caso de licencia (fs. 381/vta. del expte. principal).

Contra esa decisión, el Defensor General de la Provincia interpuso recurso de reposición que el *a quo* rechazó con insistencia en el argumento anterior y con la indicación de que la ausencia del defensor oficial de Ruiz en la audiencia de lectura quedó salvada por la presencia del asistente público del co-imputado, toda vez que a este último le correspondía subrogar al primero según la ley de los Ministerios Públicos (fs. 391 vta.).

Este pronunciamiento fue objeto de recurso extraordinario (408/422), cuya denegación (fs. 427/431 vta.), motivó la presentación *in pauperis* de fojas 2 de estas actuaciones, fundada técnicamente por el Defensor Oficial interino ante la Corte a fs. 11/15.

– II –

En breve síntesis, el apelante afirma que la decisión impugnada ha frustrado sin fundamentación suficiente la vía recursiva apta para revisar la condena utilizada por el justiciable, con menoscabo de la garantía del debido proceso.

Señala que el tribunal debió advertir que la ausencia de defensor técnico en el momento decisivo de tomar conocimiento de la condena colocó a Ruiz en estado de indefensión.

Aduce que son inaceptables las consideraciones vertidas en el fallo acerca de que la presencia del asistente del otro encausado satisfacía la defensa material de ambos, desde que ese abogado tutelaba intereses del co-imputado contrapuestos con los del recurrente.

Por fin, sostiene que la mera existencia de disposiciones legales que regulan la forma en que se reemplaza a los magistrados en uso de licencia no determina que en concreto esas normas hayan sido efectivamente aplicadas, tal como sucedió en este caso en que no se produjo ninguna intervención de defensor subrogante.

– III –

Si bien las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan, no justifican el otorgamiento del recurso extraordinario, cabe hacer excepción a ese principio cuando el pronunciamiento conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 311:148; 315:2410; 318:1583; 323:798).

A mi modo de ver, esa situación se presenta en este caso, pues el tribunal computó el plazo para interponer el recurso que declaró extemporáneo desde la fecha de la audiencia de lectura de la sentencia a la que el imputado asistió sin asistencia letrada, con base en argu-

mentos que sólo satisfacen de manera aparente el recaudo de fundamentación.

En efecto, a fin de cubrir la existencia de ese estado de indefensión, el *a quo* sostuvo que según el régimen de subrogaciones del Ministerio Público, ante la ausencia de su defensor, Ruiz quedaba representado en forma automática por el asistente del co imputado; sin embargo, esa afirmación constituye solo una respuesta formal que no puede tener cabida en este caso, como lo demuestran las constancias de la causa –cuya consideración el tribunal omitió– que señalan que no es jurídicamente posible que el mismo defensor se haga cargo de la asistencia de ambos imputados, habida cuenta del carácter contrapuesto de los intereses que cada uno de ellos mantiene en el proceso, que obsta a un patrocinio letrado común (ver fs. 311/312 del expte. principal).

En tales condiciones, entiendo que lo resuelto en la anterior instancia no observa la regla establecida en reiteradas ocasiones por V.E., en el sentido de que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal debe ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, requisito que no se satisface con la intervención meramente formal del defensor oficial (Fallos: 310:745; 311:2502; 330:5052, entre varios).

– IV –

Por lo expuesto, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado. Buenos Aires, 25 de septiembre de 2009. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 24 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de Ramón Armando Ruiz en la causa Ruiz, Ramón Armando s/ causa N° 3065”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen de señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Autos y Vistos:

Habida cuenta de que el escrito de interposición de la queja ha sido presentado fuera del plazo correspondiente (arts. 158, 282 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se desestima el recurso de hecho planteado.

Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Ramón Armando Ruiz**, asistido por el **Defensor Oficial Dr. Gabriel Ignacio Anitua**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de la Provincia de Entre Ríos**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara en lo Criminal de la Cuarta Circunscripción de Gualeguay**.

MARIA DE LA CRUZ RACHID Y OTRO C/ REGISTRO NACIONAL
DE ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS*MATRIMONIO.*

Teniendo en cuenta que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión –aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal– resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada a partir de la decisión del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con fundamento en la coincidencia del sexo de ambas peticionarias, de rehusarse a fijar fecha para la celebración de matrimonio, ante el dictado de la ley 26.618.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

En autos se impugna la decisión del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que, con fundamento en la coincidencia del sexo de ambas peticionarias, rehusó fijar fecha para la celebración de su matrimonio. En este orden, la acción tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de dicho acto administrativo, de los arts. 172, 188 y concordantes del Código Civil, y de toda otra norma inferior dictada en el mismo sentido.

A fs. 204/207 del principal (a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario), la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirma el pronunciamiento que desestimó el amparo incoado en autos.

En lo sustancial, la sentencia comienza por ponderar que las leyes no suelen contener un concepto de matrimonio, puesto que tal definición sería innecesaria al sobreentenderse que el derecho positivo recoge la realidad aceptada universalmente, que es la unión intersexual.

Referen los jueces que la cohabitación estable de homosexuales corresponde a la esfera personal de intimidad de cada uno, amparada por el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución

Nacional, pero el matrimonio trasciende ese ámbito, pues apunta a la organización social. Con ello, dicen, la negativa a considerar como matrimonio a las uniones homosexuales supera la perspectiva exclusivamente sexual.

Identifican la cuestión a resolver, preguntándose si la exigencia legal relativa a la heterosexualidad responde a políticas discriminatorias en perjuicio de los homosexuales, por el solo hecho de serlo, y se inclinan por la negativa.

Para así hacerlo, interpretan que la ley no distingue *a priori*, porque la orientación sexual no forma parte de los requisitos para casarse, de modo que heterosexuales y homosexuales gozan de la misma aptitud nupcial. Lo que el homosexual no puede hacer es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo.

Con cita de precedentes de esa Corte, señalan que la verdadera igualdad consiste en juzgar según las diferencias, por lo que la legislación puede contemplar en forma distinta situaciones que considere dispares; salvo que la distinción sea arbitraria, o provenga de un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases, o encierre un indebido favor o privilegio personal o de grupo.

Reparan en la existencia de fallos extranjeros que abordan el tema, pero hacen notar que éstos se han expedido tanto para declarar la violación de garantías fundamentales como para rechazarla.

Aprecian que la norma examinada no es inconstitucional, predicando que la desigualdad que introduce posee justificación objetiva y razonable –basada en un interés constitucionalmente relevante, y proporcionada respecto de su finalidad–. Ello, agregan, a partir del interés estatal de privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie y dan base a la familia, según valoraciones socioculturales compartidas por la comunidad en una época determinada. La heterosexualidad matrimonial, arguyen, atañe a estimaciones de orden público familiar enraizadas en tradiciones seculares, como sucede con la prohibición del incesto o la monogamia.

Reseñan los instrumentos internacionales, sosteniendo que las locuciones que puntualizan el derecho a casarse deben entenderse enfocadas a varón y mujer entre sí, ya que es de la esencia del connubio que así sea formalizado. Encuentran reforzada su lectura en el hecho

de que dichos instrumentos datan de épocas donde estos interrogantes no se planteaban. Y, con apoyo doctrinario, sostienen que, tanto desde una exégesis integradora del sistema constitucional, como de un análisis lógico de las expresiones utilizadas, los tratados de derechos humanos no han incorporado módulos que tiendan a catalogar la unión de personas del mismo sexo como matrimonio.

Concluyen afirmando que no les compete a los jueces sustituir a la ley o dejar de aplicarla por la vía de la inconstitucionalidad, si no existe ninguna colisión con garantías fundamentales, pues de otro modo contrariarían la esencia del Estado de Derecho, la separación de poderes y la forma republicana de gobierno.

– II –

Disconformes, las interesadas interponen el recurso extraordinario de fs. 212/230, cuyo rechazo (v. fs. 241) da lugar a la presente queja.

En la apelación federal, aseveran que la sentencia vulnera los derechos a la libertad e igualdad, a contraer matrimonio, de asociación y de admisión, y las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, consagrados en los arts. 14, 14 bis, 16, 18, 19 y 20 de la Constitución Nacional; afectando también el derecho a la no discriminación contemplado en numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). Alegan que la interpretación realizada por el *a quo* contradice la letra de dichas normas, e invocan la doctrina de la arbitrariedad y la concurrencia de gravedad institucional.

Critican al fallo en tanto da por sobreentendido que el derecho se hace eco de una realidad aceptada universalmente (la unión intersexual), cuando varios países aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Expresan que la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella garantizan el derecho de las personas a contraer matrimonio y fundar una familia. En su postura, la normativa vigente no excluye el matrimonio homosexual sino que sólo *'adjetiviza'* a los contrayentes en la expresión del consentimiento. De ello deducen que, a la luz de los principios constitucionales, esa unión no se encuentra prohibida ni restringida.

Reprochan que la Cámara haya omitido realizar una revisión exhaustiva de constitucionalidad, labor que está a cargo del Poder Judi-

cial. Indican que la existencia de los prejuicios que el mismo decisorio reconoce, impone a los jueces un severo ejercicio de dicho control, ya que de lo contrario estarían incurriendo en una discriminación que la judicatura debería sancionar.

Señalan las contradicciones existentes en el argumento que descarta la discriminación sobre la base de que la orientación sexual no representa *per se* un óbice para la celebración de nupcias, pero –al mismo tiempo– supone que éstas no pueden llevarse a cabo entre personas del mismo sexo. En su opinión, dicha tesis parte de la postura sustentada en la demanda acerca de que la ley no prohíbe el casamiento homosexual, no obstante lo cual, el *a quo* termina rechazando la acción intentada.

Por otro lado, agregan, el matrimonio presenta un estamento anterior basado en el vínculo creado entre dos personas que se eligen mutuamente para compartir su vida, y si la ley se inmiscuye en ese punto, violenta los principios consagrados por nuestra Carta Magna, en particular, su art. 19. Dejan a salvo el respeto por las normas de orden público, implicadas en los impedimentos taxativamente enumerados en el art. 166 del Código Civil, en los que las actoras no encuadrarían.

Manifiestan que habilitar a una pareja estable –tenga o no prole– para que adquiera un estatus legal, no implica atentar contra la prolongación de la especie, sino reconocer un vínculo jurídico relevante. El pleno ejercicio de sus derechos, continúan diciendo, no afecta el orden público.

Indican que el *a quo* ha soslayado lo resuelto por tribunales extranjeros, sin siquiera analizar la evolución implicada en el acceso de todos los habitantes a los derechos constitucionalmente garantizados. Las decisiones foráneas adversas, enfatizan, están cimentadas en prejuicios y no en normas legales.

Desarrollan la idea de que el fin del matrimonio no es la procreación, sino la protección integral de la familia, mas allá de que esté conformada sólo por los cónyuges o por sus hijos. Señalan que aquél tiene un régimen jurídico especial fundamentalmente patrimonial, del que no puede excluirse arbitrariamente a las amparistas por su orientación sexual, so pena de caer en discriminación.

El Estado, arguyen, debe proteger a todos los habitantes y a todas las familias, en las que se ha operado una evolución cuya problemá-

tica ignora la Cámara, excluyendo a las nuevas formas familiares de la tutela legal. Resaltan la estigmatización y los daños que sufren los integrantes de esos grupos, con su progenie, en colisión con la Convención de los Derechos del Niño.

Observan que la equiparación con situaciones tales como el incesto o la poligamia pone en evidencia el prejuicio y, por tanto, la arbitrariedad de la sentencia.

Insisten con los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales y razonan que la interpretación del texto del art. 172 del Cód. Civil como excluyente del matrimonio homosexual no sería coincidente con esos pactos, que hablan de consentimiento exteriorizado por “los contrayentes”.

Atacan la expresión del fallo “parece cierto que no están imaginando un casamiento como derecho de un varón con otro varón, ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer”. Con ella, el *a quo* se alejaría de lo que es propio de su función, pues el término “parece” –mera suposición, respaldada por un criterio interpretativo discriminatorio e inconstitucional–, implica una falta de certeza y una arbitrariedad que invalidan al acto jurisdiccional como tal. Aducen que los jueces habrían establecido una verdad absoluta, con la única explicación de que indagar en otro sentido sería “bastante rebuscado”, giro que consideran “muy poco doctrinario” y sin sustento jurídico.

Dejan a salvo que, aunque los derechos no son absolutos, ello es así en tanto no se vulneren derechos superiores como la igualdad y la libertad; pues de lo contrario el argumento de la relatividad devendría en una especie de ardid fraudulento para vulnerar prerrogativas elementales.

Indican que el legislador no puede oponerse a los derechos constitucionales de igualdad y libertad. Tampoco el poder administrador, que no está habilitado para dar a unos lo que se niega a otros en igualdad de circunstancias, incurriendo en discriminaciones arbitrarias.

Esgrimen el derecho de admisión –que sólo definen en abstracto–; así como el principio de progresividad, que llevaría a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas.

Referen y comentan los textos de documentos y jurisprudencia internacional, así como de los pactos enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina, los que –reiteran– al par de condenar la discriminación, no contienen ninguna definición de familia que limite la acepción a la conformada por la unión hombre-mujer, ni prohibición alguna respecto del matrimonio homosexual.

– III –

Antes de examinar los agravios propuestos, estimo conducente llamar la atención sobre el vasto y disímil panorama que presenta la problemática en estudio a nivel internacional. A partir de su investigación, puede inferirse un creciente reconocimiento en el transcurso del tiempo, en torno a los derechos y prerrogativas de las parejas del mismo sexo. Con un fin esclarecedor, me remito al desarrollo efectuado en el Anexo A, que incorporo al final de mi dictamen (v. asimismo punto VII).

Así determinado el contexto global, y yendo al tratamiento específico de la cuestión a resolver, comenzaré por señalar que –como se ha visto en el punto anterior–, la impugnación constitucional ha sido planteada sólo para el caso de que se atribuya al estatuto matrimonial un alcance distinto del que propugnan las peticionarias. Por consiguiente, es menester abordar la interpretación que formularon los jueces de la causa con relación a los arts. 172 y 188 del Código Civil. Es que, si bien el tema aquí involucrado remite al examen de cuestiones de derecho común, dicha hermenéutica condiciona la admisibilidad del recurso extraordinario federal, pues de resultar arbitraria, se impondría su tratamiento prioritario (Fallos: 323:35, 1671 consid. 4º, entre muchos otros).

A este respecto, el artículo 172 del Código Civil (t.o. ley 23.515) dispone: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo...”. Por su parte, el artículo 188 establece: “...En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los arts. 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio...”.

Frente al contenido de los preceptos transcriptos, entiendo que la solución adoptada en la anterior instancia —en cuanto los jueces tuvieron como exigencia legal que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer—, traduce una exégesis posible de las normas en juego, que no las desvirtúa, ni prescinde de sus términos (doct. de Fallos: 316:814; 319:2476; 326:1864, por remisión al dictamen de esta Procuración).

Ese modo de aprehender el texto legal se reafirma ni bien se advierte que la presencia de aquel propósito en la voluntad legislativa no es una mera inferencia. Durante el trámite parlamentario, no sólo se aludió reiteradamente a “...la unión de hombre y mujer que denominamos matrimonio...” (v. gr., discurso del miembro informante del dictamen de mayoría, senador Brasesco [“Antecedentes Parlamentarios” año 1998, N° 7, parágrafo 774]), sino que en el debate de la Cámara alta, el senador Martiarena propuso incluir la igualdad de sexo de los contratantes en el elenco de impedimentos. Empero, dicho temperamento no fue aceptado, al argüirse que esa circunstancia no debía tratarse como una causal de nulidad, porque la diferencia de sexos reviste calidad de presupuesto del connubio y, por ende, no hace a su validez, sino a su existencia misma (“Antecedentes Parlamentarios”, parte II, p 1922 y ss., parágrafos 1062 a 1067).

Concordantemente, en la exposición del miembro informante de la Cámara de Diputados se dijo: “En el capítulo IV, *Del consentimiento*, se establece el requisito de la diversidad de sexos, supuesto que esta Cámara había considerado sobreabundante por estar ínsito en la misma legislación y que, por consiguiente, no lo hacía expreso. Por su parte, el Senado consideró que el requisito de la diversidad de sexos sí debe figurar en forma expresa” (“Antecedentes Parlamentarios”, parágrafo 1280, p. 2015).

Valga recordar aquí que, como enseña V. E., al examinar un precepto, el intérprete ha de ajustarse a sus términos, consultando a su espíritu y a la voluntad del legislador, extremos que no deben obviarse por eventuales indeterminaciones de la instrumentación legal, pues el fin primordial de la tarea hermenéutica es dar pleno efecto a esa voluntad (arg. Fallos: 329:2419, 2876, 2975, 5826; 330:2286, 2932; S.C. M. N° 1590, L. XLIII *in re* “Mendoza, Mario Raúl s/nulidad” del 23/4/2008; S.C. O N° 670, L. XXXVIII *in re* “Obra Social Unión Personal Civil de la Nación c/INSSPJP” del 13/5/2008, entre muchos otros).

Desde este punto de vista, resulta inevitable concluir en que el recurso intentado no resultaría procedente.

– IV –

Establecido ello, cobran actualidad los restantes agravios de las apelantes, que suscitan cuestión federal suficiente para su abordaje en el marco del recurso extraordinario deducido, desde que en autos se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil, así como la inteligencia de tratados internacionales, y la decisión ha sido contraria a los derechos esgrimidos por la parte actora (v. doctrina de Fallos: 329:5266, consid. 4°).

Entre esos puntos, la faceta que ha de ser objeto de estudio en primer lugar, conduce al examen de los instrumentos internacionales receptados por nuestra ley fundamental (inc. 22 del art. 75).

Las reglas atinentes a este tópico integran la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (art. 16.1).

A su tiempo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe que “[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención” (art. 17.2).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia

posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges” (art. 10.1).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce “... el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello” (art. 23.2).

Por último, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer garantiza “...en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho a contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;... g) Los mismos derechos personales como marido y mujer...” (art. 16.1).

A su vez, una correcta aproximación y hermenéutica de dichas cláusulas, exige recurrir a la pauta que aporta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su art. 31, según el cual “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin... 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Así lo enseña V.E. que, en esta materia, se ha adherido estrictamente a la predicha directiva (v. Fallos: 319:505; 320:2948; 324:204; 330:2892, por remisión al dictamen de esta Procuración), destacando además –con especial referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlo en mayor medida que la prevista (v. Fallos: 324:3143 consid. 7º; 329:1053 [voto del Dr. Fayt], entre otros).

Ahora bien, como surge de su propia redacción, los documentos internacionales reseñados, a partir de principios generales, protegen al matrimonio como institución básica fundamental, pero no contienen enunciados –ni de ellos se han seguido directivas– que importen tomar posición en un tema que, según se describe en el Anexo A, ha generado opiniones disímiles y encontradas a nivel mundial.

No puedo dejar de resaltar aquí que el resguardo del derecho a contraer matrimonio y la posibilidad de consentimiento pleno consagrado

en ellos (véase Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 16.1]; Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 17.2]; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 10.1]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 23.2]; y Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [art. 16.1].), están sometidos a las condiciones requeridas por las leyes internas de las naciones (véase esp. Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 17.2]); con lo cual se vendría a reconocer la facultad y la necesidad de que sean los estados nacionales los que legislen –de acuerdo con sus realidades sociopolíticas– en una cuestión tan delicada como es el matrimonio.

Precisamente, esa consideración refuerza la idea de que la posibilidad de diseñar este punto particular del *ius connubii*, librada a cada uno de los países miembros, no fue vista por los Estados participantes como una matriz de desigualdad arbitraria: Ambas líneas (poder interno de configuración del modelo matrimonial y garantía de igualdad), coexisten en el interior de dichos documentos en un balance que, necesariamente, debió ser objeto de evaluación al tiempo de la aprobación, sin que ello llevara a restringir la alternativa de carácter discrecional que subyace en los textos adoptados. Es claro, a mi juicio, que tales principios generales no pueden ser aislados de la insoslayable ponderación de preceptos que reflejan la repulsa de las naciones civilizadas respecto de la discriminación en función del sexo (Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 7]; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [art. 2]; Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 24]; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 2.2] y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [arts. 2.1 y 26]). Lo cierto es, sin embargo, que el fin de la comunidad internacional al generar aquellas declaraciones y acuerdos ha sido resguardar por igual a mujer y hombre, en situaciones jurídicas diversas a la del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así, el preámbulo de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, es particularmente ilustrativo en ese orden, pues explicita el objetivo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los pactos de derechos humanos, impulsados por la situación de vulnerabilidad de la mujer. Y, a este nivel, el nuevo instrumento representa un intento de profundización de tal derrotero (véase su art. 16, art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observación General CCPR N° 19 del 27/7/1990, 39° período de sesiones).

Indudablemente, el ejercicio de la autodeterminación individual es un valor que rescata el Derecho contemporáneo, con su mirada puesta en el respeto por la condición humana. Esta perspectiva, tiene directa relación con el derecho a la igualdad (y su contracara, la no discriminación), que ampara a todos y a cada uno, en orden a los atributos comunes al género humano, que le vienen dados por su naturaleza personal, intrínsecamente digna.

En visión compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parte de la doctrina subraya la fortaleza de esa percepción universal, al punto de considerarla integrada al *corpus* de la costumbre internacional (Opinión Consultiva OC-18/2003; Serie A-18, 17/9/03; Dinah Shelton: “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, año 2008, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 15 a 39, esp. pág. 25 tercer párrafo).

Sabemos, en efecto, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es particularmente sensible a la defensa de aquellos aspectos; tanto, que se ha llegado a decir que la Organización de las Naciones Unidas nació principalmente para luchar contra la discriminación en el mundo (ONU doc. A/C.3/SR 100, p. 7). Ese compromiso se plasmó, desde sus orígenes, en la creación de varios entes encargados de la protección de las minorías y la lucha contra la discriminación; como asimismo en el texto de su Carta, donde la alusión a los derechos humanos y las libertades fundamentales está ligada constantemente a la ausencia de discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Dinah Shelton: “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, año 2008, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 17 y 18.).

Empero, aprehendida correctamente, ninguna prerrogativa puede llamarse absoluta. Desde ese mismo foro se ha advertido siempre que no cualquier distinción es discriminatoria; sólo lo son aquellas que incurrir en arbitrariedad (véanse los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se deja en claro que el derecho a la igualdad no requiere invariablemente un trato idéntico, A/2929, cap. VI p. 179; 5º, 6º y 8º período de sesiones, 1949-1952, y Shelton: “Prohibición...”, pág. 26 a 27 y sus notas). Luego, el principio

de igualdad –que implica un ejercicio comparativo– no es compatible con un patrón rígido.

Como aciertan a decir los autores, identificar igualdad con una igualación apriorística que ignore la variedad fáctica y las diferencias interpersonales de cuño razonable, sería paradójico y nos dejaría frente a una garantía vacua. No otra (ya lo ha recordado esta Procuración en Fallos: 330:855 [v. asimismo sus citas]), es la noción que V. E. viene enseñado a través de los años, al reiterar –con referencia al art. 16 de nuestra carta de derechos–, que esa cláusula asegura un trato legal igualitario para quienes se hallan en similares condiciones, por lo que la ley puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes. De ello se deduce que las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos serán valederas en tanto no obedezcan a criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal, de clase, o de ilegítima persecución (Fallos: 323:1349, 1566, 2054, 2346, 3308; 325:11; 329:5567 [por remisión al dictamen de esta Procuración], entre muchos otros).

Retomando el hilo de la normativa supranacional, y ajustándonos ahora a la calificación jurídica de la realidad homosexual, se puede observar cómo la ONU repudia claramente la imposición de sanciones penales y la denegación de derechos sociales, trazando un rumbo que se ha vuelto a enfatizar recientemente en la Asamblea General, mediante la declaración del 18 de diciembre de 2008 (70° y 71° reunión plenaria). En esa sesión, el representante de la República Argentina leyó una exposición, en cuyo parágrafo sexto el grupo de países que la suscriben condena “...las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud”.

Pues bien: las recurrentes R. y C. V., sostienen que esa censura opera también en lo que atañe a la regulación doméstica del matrimonio, infidencia que apoyan en la observación que en torno al art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos elaboró la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas *in re* “*Nicholas Toonen v. Australia*” (Comunicación N° 488/1992, aprob. 31/3/1994, [A/49/40, vol.

II, p 234-246]), “*Edward Young v. Australia*” (CCPR/C/78/D/941/2000, aprob. 6/8/2003), y “*X. v. Colombia*” (CCPR/C/89/D/1361/2005, aprob. 14/5/2007).

La alegación de las recurrentes merece dos objeciones: La primera, refiere al contexto y especificidad de las mentadas comunicaciones, ya que fueron emitidas a raíz de presentaciones que nada tienen que ver con el derecho a contraer nupcias, por lo que entiendo no resultan definitorias en nuestro caso (véase opinión del juez Kenneth Keith en el caso “*Quilter*”, cit. en el Anexo A, cap. 4º, acáp. 4.2). La segunda –vinculada estrechamente a la anterior–, es que ese organismo de derechos humanos ha tenido oportunidad de abordar concretamente el tópico que hoy nos toca juzgar, decantándose en un sentido que es adverso a la postura de las peticionarias.

En efecto, el caso “*Toonen*” se originó a propósito de los arts. 122 y 123 del Código Penal del Estado de Tasmania (Australia), en tanto encuadraban como delitos a diversas formas de contacto sexual –consensuado y en privado–, entre hombres adultos; materia sustancialmente diferente a la considerada en este dictamen.

Allí, la mayoría del Comité rehusó dar el asesoramiento pedido por Australia en cuanto a la virtualidad del art. 26 del Pacto (igualdad-no discriminación) y a los parámetros analíticos aplicables, limitándose a apuntar que “...a su juicio, se debe estimar que la referencia al *sexo* que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual...” (parágrafo 8.7). En cambio, la solución se fundó en la violación del art. 17.1 (privacidad), desde que se tuvo a la prohibición impugnada como una injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada del actor.

En clave de lo que propondré en el punto VII, es útil notar cómo –de alguna manera–, para la solución que adoptaron, todos los operadores implicados en el proceso tuvieron en cuenta ora la conformación pluralista y multicultural de la sociedad local, ora la evolución histórica, jurídica y social vivida en el país. También lo es, la trama dispar entretejida a partir de las diferentes ópticas presentes en el seno del Comité (v. voto del Sr. Bertil Wennergren).

Esa clase de referencias aparece nuevamente en los informes “*Young v. Australia*” y “*X v. Colombia*”, ambos producidos en torno a la seguridad social (pensión por fallecimiento de la pareja conviviente).

En “*Young*” el Comité –por mayoría– reprodujo la opinión vertida *in re* “*Toonen*”, en cuanto a que la prohibición del artículo 26 incluye a la discriminación basada en la orientación sexual. Recordó también su criterio de que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas heterosexuales casadas y no casadas eran lógicas, ya que los convivientes podían escoger si contraían o no matrimonio, posibilidad con la que no contaba el actor. Como se ve, la Comisión tomó a esta última variante como un hecho, sin calificarlo ni valorarlo.

Asimismo, reobró sobre su doctrina constante de que no toda distinción equivale a la discriminación vedada por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, señalando que el Estado Parte no presentó ningún argumento o prueba que revelasen la existencia de factores justificativos de esa distinción. En este marco, el Comité llegó a la conclusión de que Australia –al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual– violó el artículo 26 del tratado.

Los votos particulares de los Sres. Ruth Wedgwood y Franco De-pasquale, aunque concurrentes, introdujeron algunas ideas que tienen interés para nosotros. Por de pronto, diferenciaron este caso del precedente “*Toonen*”, indicando que “...el autor se había quejado de que el Código Penal de Tasmania *no distingue... entre la actividad sexual en privado y la actividad sexual en público, con lo cual traslada... una actividad privada al dominio público...* El dictamen del Comité se basó en el derecho a no ser perturbado cuando el Estado Parte no presenta motivos razonables relacionados con la seguridad, el orden público, la salud o la moral para justificar la injerencia en la vida privada”. Mientras “...muchos países reconocen el derecho a la vida privada en las relaciones íntimas y lo disfrutan todos los ciudadanos cualquiera que sea su orientación sexual...” [marco del caso *Toonen*], el “...actual asunto ... plantea una cuestión más amplia, respecto de la cual algunos Estados Partes pueden tener opiniones categóricas ... [P]lantea la cuestión general de los derechos positivos a la igualdad de trato y de si un Estado debe considerar las relaciones entre personas del mismo sexo a la par con las formas más tradicionales de unión civil...”. Y finalizaron dejando sentado que “...[e]n el presente caso... el Comité ha adoptado esencialmente un fallo por falta de comparecencia... Muchos gobiernos y muchas personas de buena voluntad compartirán un interés en encontrar una respuesta moral y jurídica adecuada a los problemas y controversias relativos a la equidad en la concesión de diversas prestaciones gubernamentales a las parejas del mismo sexo

y a las heterosexuales, incluso la afirmación controvertida de que hay un derecho transjurisdiccional al reconocimiento de los matrimonios homosexuales... En el presente caso, el Comité no ha pretendido examinar la gama completa de argumentos ‘razonables y objetivos’ que otros Estados y otros autores pudieren ofrecer en el futuro sobre estas cuestiones en el mismo contexto que los del Sr. *Young* o en otros. Al examinar las comunicaciones individuales presentadas con arreglo al Protocolo Facultativo, el Comité debe seguir teniendo presente el alcance de lo que ha decidido o no ha decidido en cada caso”.

Por último en “*X v. Colombia*”, la mayoría del organismo internacional acordó: “El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban. El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual”.

En su disidencia, los restantes miembros –Sres. Abdelfattah Amor y Ahmed Tawfik Khalil–, expresaron que la preferencia sexual no está contemplada en el Pacto y que el Comité ha ido más allá de la simple interpretación, avanzando por sobre el texto y la voluntad de los redactores. Agregaron que aun cuando ese cuerpo “...puede basarse en experiencias jurídicas nacionales, *no puede hacer caso omiso del estado del derecho internacional positivo, que no reconoce el derecho a la orientación sexual como derecho humano*. Así pues, el papel creador y

normativo del Comité debería circunscribirse a esa realidad jurídica. Por lo demás, es esencial subrayar que la interpretación que cabe hacer del artículo 26 se refiere a la no discriminación, y *no a la aparición de nuevos derechos* cuya vinculación con el Pacto dista de ser evidente, por no decir inexistente, habida cuenta del contexto en que el Pacto vio la luz...”.

Y siguieron diciendo “...La interpretación de las disposiciones del Pacto no puede prescindir de unas ni de otras, sobre todo cuando las disposiciones tienen vínculos entre sí que no se pueden ocultar, y mucho menos eliminar. Por lo tanto, la cuestión de la discriminación por motivos de sexo u orientación sexual no puede evocarse en relación con el artículo 26 desde la perspectiva de prestaciones positivas, haciendo abstracción del artículo 23, que considera que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello*. Ello significa que *una pareja homosexual no constituye una familia en el sentido del Pacto* y, por lo tanto, no puede reclamar prestaciones positivas fundadas en la noción de familia, al estar ésta formada por personas de sexo diferente... Queda entendido, por supuesto, que los Estados tienen derecho y están en condiciones de crear nuevos derechos en beneficio de las personas dentro de su jurisdicción. En este sentido, *no incumbe al Comité actuar en sustitución del Estado ni optar por soluciones que no le corresponden...*”.

Desde otra perspectiva, igualmente útil para nuestra labor, el predicho voto disidente, insistió nuevamente en que no todo trato diferencial, basado en los motivos enumerados en el art. 26, constituye discriminación violatoria de los compromisos estatales, siempre y cuando se base en motivos razonables y objetivos, en aras de un propósito que sea legítimo con arreglo al Pacto.

Más allá de las implicaciones que tienen en sí mismos los conceptos reseñados, lo cierto es que en el año 2002, se sometió a la consideración del Comité un caso donde se ventilaron argumentaciones casi idénticas a las que presentan las aquí actoras (Comunicación N° 902/1999, *in re “Juliet Joslin y otras v. New Zealand”* [CCPR/C/75/D/902/1999, 30/7/2002]). Contamos, entonces, con una herramienta exegética de singular valor, por tratarse de la interpretación auténtica, efectuada por el propio órgano de vigilancia del Pacto, en el área de los derechos humanos.

Al examinar la cuestión de fondo, el Comité observó que el párrafo 2 del artículo 23 trata expresamente de la cuestión del derecho al matrimonio; por lo que, al existir un precepto específico, toda alegación sobre la violación de ese derecho ha de considerarse teniendo en cuenta dicha regla.

Seguidamente, afirmó que “[el] párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término *hombre y mujer*, en lugar de *todo ser humano, todos, o todas las personas*. El uso del término *hombre y mujer* en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse” (párrafo 8.2).

En sintonía con esa comprobación, concluyó que “[e]n vista del alcance del derecho al matrimonio conforme al párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, el Comité no puede considerar que por el mero hecho de negar el matrimonio entre parejas homosexuales el Estado Parte haya violado los derechos de las autoras en virtud de los artículos 16 y 17, de los párrafos 1 y 2 y del artículo 23 ni del artículo 26 del Pacto...”, sin que se revele “...violación de ninguna disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (párrafos 8.3 y 9).

En el voto particular (coincidente) de los Sres. Rajsoomer Lallah y Martin Scheinin, estos miembros volvieron sobre la idea de que, al no existir la posibilidad de elección en cuanto al estatus jurídico, “...en países donde la ley no permite el matrimonio... u otro tipo de asociación ... con consecuencias similares o idénticas al matrimonio ... la denegación ... de ciertos derechos o beneficios que pueden tener las parejas casadas puede equivaler a una discriminación prohibida según el artículo 26, a menos que criterios razonables y objetivos justifiquen lo contrario”. Aclararon también que los Estados están en libertad de reconocer “... en forma de matrimonio o en otra forma comparable, el compañerismo entre dos hombres o entre dos mujeres”, partiendo de que la realidad normativa –párrafo 2 del artículo 23– “...entraña la obligación de los Estados de reconocer como matrimonio la unión de un hombre adulto y una mujer adulta que deseen casarse”.

Como corolario de este breve estudio, surge que –contrariamente a lo que alegan las accionantes– las directivas constitucionales que

abrean en el derecho de gentes, delegan en los Estados la construcción discrecional de esta faceta de la estructura nupcial, de acuerdo a sus realidades intrínsecas.

– V –

Para continuar con el panorama internacional, es conducente advertir que, en la producción jurídica de la Unión Europea (en adelante UE), si bien con los matices que le imprimen su historia y su conformación misma, el horizonte conceptual y práctico apunta también a la posibilidad de opción en cabeza de cada uno de los países que la integran. Veamos:

A) En el Derecho comunitario, no existe consenso ni siquiera respecto del concepto de cónyuge, que las normas supra-nacionales básicas tampoco se ocupan de definir.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 8 dice: “1. Todos tienen el derecho a ser respetados en su vida privada y familiar, en sus hogares y su correspondencia. 2. No habrá interferencia de autoridad pública con el ejercicio de este derecho excepto que sea de acuerdo con la ley y resulte necesario en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional, resguardo público o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del crimen, la protección de la salud y la moralidad, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. Mientras que su art. 12 prescribe: “...hombre y mujer en edad matrimonial tienen el derecho de casarse y fundar una familia, de acuerdo a las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”. Junto con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados contratantes, las disposiciones del Convenio de Roma han sido proclamadas pacíficamente como parte del Derecho de la Unión –con el rango de principios generales–, tanto por la frustrada Constitución comunitaria de 2004 (art. I-9) como por el Tratado de Lisboa de 2007 (art. 6.3).

Con el Tratado de Amsterdam se incorpora la orientación sexual en el espectro del combate contra la discriminación (art. 13). Dicha cláusula establece: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar

acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (véase asimismo Protocolo Adicional N° 12, vigente desde el 1°/4/2005).

Es oportuno agregar aquí que, desde el año 2000, se han elaborado documentos sin poder vinculante, que habré de citar en razón de sus repercusiones conceptuales. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, recoge en su art. 21.1 la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual. Y, con el epígrafe “[d]erecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”, en su art. 9 determina que “[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Este último texto (que, por cierto, no contiene una referencia expresa al género de los contrayentes), ha dado lugar a controversias, ya que algunos ven en la estructura de la norma el propósito de desvincular el *ius connubii* de la familia, alejando la complementación sexual de la noción de matrimonio (véase Corte de Estrasburgo *in re* “*Goodwin v. United Kingdom*”, parágrafo 100; caso que se comentará en el acápite C de este mismo punto).

Sobre la base de esa Carta, la fallida Constitución del 2004, a la par de reprobar en su artículo 81 toda discriminación motivada en la orientación sexual, en el artículo 69 (Parte II –Título II– Libertades), volvería simplemente a repetir: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”; pauta ésta a la que algunos le atribuyeron un carácter neutro. Para así pensarlo, tuvieron en cuenta que dicho artículo II.69, con el epígrafe “[d]erecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”, remitía la regulación a “...las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Asimismo, se sopesó que en el informe del *Praesidium* de la Convención, se aclaraba que “...este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatus matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”, por lo que hubo juristas que se inclinaron por entender que se trataba de una materia reservada a la decisión de los Estados miembros.

La misma redacción del art. 9 de la Carta de Niza será reproducida más tarde por su homónimo de la Carta de Estrasburgo (12/12/2007), destinada a sustituir a su predecesora desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (v. Diario Oficial [2007/C 303/01]). Las explicacio-

nes de estilo del *Praesidium* en punto al art. 9 (derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia), insistirán en que “[e]ste artículo está basado en el artículo 12 del CEDH que dispone: ‘A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho’. La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca” (2007/C 303/02).

A su hora, el Tratado de Lisboa prologa las modificaciones que pretende introducir al Tratado de la UE, pregonando que “[l]a Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. 1 bis; v. asimismo art. 1). Luego de conferir a la Carta de Derechos el valor jurídico propio de los tratados (art. 6.1), los signatarios refuerzan expresamente la idea de que ella “...confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros ... [y] no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión...”. Asimismo, según se adelantó, Lisboa toma al Convenio de Roma y a las mentadas tradiciones, como eje interpretativo primordial en el plano de los derechos y garantías fundamentales (art. 6).

B) En ese contexto, –bien que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), carece de jurisdicción en el control del contenido atribuido por los derechos internos–, los contornos del instituto se han venido trazando en buena parte, por vía jurisprudencial.

En su temprana sentencia del 17 de abril de 1986 *in re* “*State of the Netherlands v. Ann Florence Reed*” (case N° 59/85 [1986] ECR 1986 p

1283), donde la pareja soltera del mismo sexo de un nacional británico que trabajaba en Holanda pugnaba por obtener un permiso de residencia, aquel cuerpo constató que el término “esposo” sólo debía aplicarse a parejas casadas, aunque asignó efectos a este otro tipo de uniones, como una “ventaja de tipo social”, cuyo reconocimiento contribuye a la libre circulación de trabajadores.

Otro de los primeros hitos jurisprudenciales está dado por la muy mentada sentencia del 17 de febrero de 1998, originada en la concesión de tarifas preferenciales sólo para los cónyuges o parejas heterosexuales de los empleados de la empresa inglesa “*SWT Ltd.*” (“*Lisa Jacqueline Grant vs. South West Trains Ltd.*” [asunto C-249/1996 y FJ 33-35]).

Allí, el Tribunal consideró que no se discriminaba a la actora por ser mujer, ya que a una pareja de varones le hubiese sido aplicable la misma vara.

Tras examinar el Derecho comunitario y la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte de Estrasburgo o TEDH), así como la legislación de los Estados miembros, concluyó que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se asimilaban a las uniones entre individuos –casados o no– de distinto género.

A lo largo de su análisis, le fue dado resaltar que la Comunidad no poseía normas equiparadoras, y que los Derechos nacionales guardaban grandes divergencias entre sí. Parafraseando a aquel organismo, interpretó que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no abarcaba a las relaciones homosexuales duraderas, ya que a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades, ellas no estaban comprendidas todavía en el ámbito de aplicación del llamado “derecho al respeto por la vida familiar”.

Juzgó que en el estado que exhibía en aquel momento, el Derecho comunitario no era aplicable a supuestos referidos a la orientación sexual; y que, aun suponiendo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos diese cobertura a la “preferencia sexual”, ello no podía *per se* expandir los alcances del Tratado. Y culminó trasladando

al legislador la eventual adopción de medidas apropiadas, en pos de la equiparación.

En el pronunciamiento “*D. & Reino de Suecia / Consejo*” (C-122/99 y 125/99, del 31/5/2001), el TJCE también reparó en que la voz “matrimonio” designa, en general, a una unión heterosexual. Asimismo, tomó nota de que, desde 1989, un creciente número de países miembros ha venido estableciendo regímenes legales de unión entre personas de igual o distinto sexo, confiriéndoles efectos jurídicos idénticos o parecidos a los del matrimonio, tanto entre sus componentes como respecto de terceros (parágrafos 34 y 35). Empero, juzgó que esa incompleta equiparación en un limitado elenco de naciones no podía tener por consecuencia la inclusión dentro del concepto estatutario de “funcionario casado” de personas sometidas a un régimen que no es el matrimonial (v. asimismo Anexo A [cap. 1º, acáp. 1.8.D]).

En su sentencia del 7 de enero de 2004, el TJCE ha vuelto a adherir al criterio de la Corte de Estrasburgo. En esta ocasión, la intervención se dio a raíz del pedido de decisión prejudicial planteado por la Corte de Apelaciones (División Civil) de Inglaterra y Gales, en un caso donde se negaba a una persona transexual la posibilidad de goce de la pensión que la ley acuerda al cónyuge supérstite. La resolución dictada, reflejando la jurisprudencia del TEDH, entendió que la pareja –considerada heterosexual, a partir de la operación médica de cambio de sexo de uno de los integrantes– está impedida de cumplir con el requisito del matrimonio necesario para disfrutar de la pensión de supervivencia. Ello, aseveró, va en desmedro del artículo 141 CE (sobre igualdad de hombres y mujeres en la vida laboral), norma que, en principio, se opone a cualquier legislación que contraríe al Convenio de Roma. Finalizó diciendo que, al ser los Estados miembros los que deben determinar los recaudos de admisibilidad jurídica del cambio quirúrgico de sexo, incumbe al juez nacional comprobar si puede invocarse el art. 141 CE, en orden a que el compañero transexual acceda a dicho beneficio (Asunto C-117/01, “*K. B. v. Nacional Health Services Pensions Agency & Secretary of State for Health*”).

C) Respecto de la Corte Europea de Derechos Humanos, creo útil para los propósitos de esta reseña incluir –como lo he hecho en el acápite anterior– una referencia a sus pronunciamientos, aun en ángulos que no hacen directamente a la cuestión del matrimonio homosexual. Ello contribuirá a poner en contexto los criterios tenidos en mira por ese cuerpo en la construcción de sus conclusiones.

En ese orden, cabe señalar que, no obstante propiciar la no discriminación por causa de la orientación sexual, el TEDH ha iniciado su aproximación al problema, a partir del respeto por la concepción del matrimonio como heterosexual, tomando como estándar interpretativo constante la evolución operada en el plano científico y en la estimativa general (especialmente en los países miembros).

Tenemos así que, en una primera etapa, esa Corte ponderó la razonabilidad de los límites impuestos por las legislaciones domésticas en el contexto del balance entre el interés general y el individual. Cabe aclarar que, si bien las intervenciones del tribunal que dieron pie a la elaboración de esta doctrina tuvieron lugar en el terreno de la transexualidad, sus fundamentos resultan enteramente aplicables también a casos de la índole del aquí tratado. El TEDH determinó que, en el estado de transición que comprobó al dictar las respectivas sentencias, los Estados contratantes gozan de suficiente margen de apreciación para evaluar si se justifica (y en qué extensión) un tratamiento legal diferente. Ello, en un marco configurado por sus propios valores culturales, y por los elementos comunes que conviven en la cosmovisión, en las tradiciones y en los sistemas jurídicos concretos que integran la UE (véase decisorios indicados seguidamente; conf. asimismo, en lo pertinente, “*Dudgen v. UK*” del 22 de octubre de 1981 [Series A N° 45, pp. 23-24, para. 60]; “*Court’s B. v. France*” del 25 de marzo de 1992 [Series A N° 232-C; p. 49, § 48]; “*Stubbings and others v. The United Kingdom*” del 22 de octubre de 1996 [Reports 1996-IV, p. 1507, § 72]; “*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*” N° 33290/96, § 29, ECHR 1999-IX, del 21 de diciembre de 1999; “*Fretté v. France*, N° 36515/97, §§ 34 y 40, ECHR 2002-I, del 26 de febrero de 2002; y “*S. L. y V. v. Austria*” [N° 45330/99, § 36, ECHR 2003-I], 9 de enero de 2003, y 10 de febrero de 2004).

A esos ejes, obedecen las resoluciones dictadas en “*Case of Rees v. United Kingdom*” (application N° 9532/81; 17/10/1986), “*Case of Cossey v. The United Kingdom*” (application N° 10843/84; 27/9/1990) y “*Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*” (application N° 22985/93 y N° 23390/94; 30/7/1998). Allí, sin perjuicio de destacar la atención que merece el tema, la mayoría del tribunal juzgó que no se habían conculcado el respeto por la vida privada (art. 8-1 de la Convención de Roma), ni el derecho a casarse y fundar una familia (art. 12). Para ello, como guía hermenéutica, auscultó a la opinión pública mayoritaria y al sentido de las legislaciones positivas de los Estados miembros, verificando que “...no evidencian un abandono general del concepto tradicional de matrimonio...”.

Más precisamente, en “*Rees*”, el TEDH estimó que “...el derecho a casarse garantizado por el art. 12 hace referencia al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto. Esto aparece también en la redacción del artículo, de donde resulta claro que dicho art. 12 está principalmente interesado en proteger el matrimonio como base de la familia...”.

“...El artículo 12 prescribe que el ejercicio de ese derecho estará sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes. Las limitaciones que se introduzcan no deben restringir o reducir el derecho en tal sentido o extensión que la verdadera esencia del derecho sea deteriorada. Sin embargo, no puede decirse que el impedimento legal del Reino Unido en cuanto al matrimonio de personas que no pertenecen biológicamente a sexos opuestos, tenga un efecto de esta clase...”.

La Corte reflexionó acerca de la particular importancia de atender a la diversidad de prácticas seguidas por los países miembros y a sus circunstancias y, luego de hacer un repaso de esas realidades, constató que “...en el presente es mínimo el consenso existente entre los Estados Contratantes en este campo y que, hablando en general, la ley parece estar en un estadio de transición. En consecuencia, ésta es un área en la que las Partes Contratantes, disfrutaban de un amplio margen de apreciación...”.

Enseñó que, en la detección de esa obligación positiva, la mirada debe ponerse en el justo balance entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo, equilibrio cuya búsqueda es inherente a la Convención en su conjunto (parágrafo 37, con cita *mutatis mutandi* de “*James and Others*”, del 21 de febrero de 1986, *Series A* N° 98, p. 34, para. 50, y “*Sporrong and Lönnroth*” del 23 de septiembre de 1982, *Series A* N° 52, p. 26, para. 69). En esa tarea, indicó que la directiva mencionada en el segundo párrafo del art. 8 puede ser relevante “...aunque dicho precepto refiere sólo a ‘interferencias’ con el derecho protegido por el primer párrafo —en otras palabras concierne a las obligaciones negativas que de allí fluyen (ver, *mutatis mutandis*, el pronunciamiento “*Marckx*” del 13 de junio de 1979, *Series A* N° 31, p. 15, para. 31) —...”.

Todo ello lo llevó a inferir que, por ahora, debe dejarse al Estado demandado la determinación del temperamento que ha de seguir. Por último, formuló una reserva en el sentido de que “...la Corte es consciente de la seriedad de los problemas que afectan a estas personas

y del *distress* que estas sufren. La Convención debe interpretarse y aplicarse siempre a la luz de las circunstancias actuales (ver, *mutatis mutandis*, entre otros, el pronunciamiento “*Dudgeon*” del 22 de octubre de 1981, *Series A* N° 45, p 23-24, para. 60). La necesidad de apropiadas medidas legales, por tanto, debe tenerse presente tomando en consideración especialmente los desarrollos científicos y sociales...”.

En “*Cossey*”, la mayoría del TEDH retomó la doctrina sentada en el caso “*Rees*”, que estimó análogo, entendiendo que no se daban razones convincentes para apartarse de su propio precedente. Por ejemplo, con cita del pronunciamiento “*Inze*” (*Series A* N° 126, p. 18, para. 41, del 28 de octubre de 1987), volvió sobre la necesidad de que la interpretación de la Convención refleje los cambios sociales y quede en sintonía con las nuevas circunstancias imperantes en ese campo.

En concordancia con ese hallazgo y con el señalamiento hecho en “*Rees*” acerca de la atención que merecen los desarrollos sociales y científicos, indicó que desde entonces no ocurrieron avances científicos significativos.

Asimismo, apuntó que desde 1986 se habían operado ciertas variaciones en la ley de algunos de los Estados miembros. No obstante, dijo, “...la resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 1989 (OJ N° C 256, 9.10.1989, p. 33) y la Recomendación 1117 (1989) adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de setiembre de 1989 –ambas persiguen alentar la armonización de las leyes y las prácticas en este campo– revelan... la misma diversidad de prácticas que se obtuvo en la época del pronunciamiento “*Rees*”. De conformidad con ello es todavía, teniendo en cuenta la existencia de un escaso consenso entre los Estados Contratantes, un área en la que ellos disfrutaban de un amplio margen de apreciación (ver el pronunciamiento “*Rees*”, p. 15, para. 37). En particular, al presente no puede decirse que el apartamiento de las anteriores decisiones de la Corte está justificado en orden a asegurar que la interpretación del Artículo 8... en el punto en discusión esté en línea con las condiciones actuales...”.

Desde el ángulo del art. 14 de la Convención –que prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades garantizados–, la Corte consideró que esa previsión no asistía a la peticionaria. Para ello, en el párrafo 41, recurrió a la noción de proporcionalidad entre una medida o una restricción y el fin que busca alcanzar, como concepto

que entronca en el justo balance que debe develarse entre el interés general de la comunidad y los intereses del individuo (con remisión al párrafo 37 y cita del caso “*Lithgow and Others*” del 8 de Julio de 1986, *Series A* N° 102, p. 50, para. 120).

Más adelante, puntualizó: “...45. En cuanto a la inhabilidad de la solicitante para casarse con una mujer, ésta no se ve contrariada por ningún impedimento legal y a este respecto no puede decirse que el derecho a casarse ha sido perjudicado como consecuencia de las previsiones de la ley doméstica...”. “...En cuanto a su inhabilidad para casarse con un hombre, los criterios adoptados por la ley inglesa están a este respecto conformes con el concepto de matrimonio el que se refiere el derecho garantizado por el art. 12...”.

“...46. Aunque algunos Estados Contratantes ahora reputan como válido el matrimonio entre una persona en la situación de la srta. Cossy y un hombre, no puede decirse que los desarrollos ocurridos hasta hoy.. evidencien algún abandono general del concepto tradicional de matrimonio. En estas circunstancias, la Corte no considera que le sea posible realizar una nueva aproximación al Artículo 12 en el punto en discusión. La Corte encuentra, además, que aquella adhesión al concepto tradicional de matrimonio proporciona razón suficiente para la continuidad en la adopción de criterios biológicos para la determinación del sexo en el contexto del matrimonio, siendo una materia comprendida dentro de la potestad de los Estados Contratantes para regular por la ley nacional el ejercicio del derecho a contraer matrimonio...”.

Llegado el año 1998, en el proceso “*Sheffield*” se acumularon los casos vinculados a dos personas transexuales, alegándose, entre otras, la violación de los arts. 8, 12 y 14 de la Convención. Creo interesante hacer notar aquí cómo la Corte valorizó nuevamente el consenso compartido por los Estados parte –en los planos jurídico, científico, social y moral– a cuyo avance supeditó cualquier cambio de criterio (v. esp. para. 55 a 58).

En el párrafo 66, el TEDH recordó, con cita del caso “*Rees*” (p. 19, §§ 49 y 50) que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el art. 12, hace referencia a la unión entre personas de diferente sexo biológico. Y en el párrafo siguiente, hizo lo propio con el caso “*Cossy*” (p. 18, § 46), para repetir textualmente el criterio ya citado sobre el poder regulatorio en cabeza de los países miembros.

A la luz de dichas consideraciones, la Corte "...encuentra que no puede decirse que la inhabilidad de cada peticionario para contraer matrimonio válido bajo la ley doméstica del Estado demandado, teniendo en mira las condiciones impuestas por la *Matrimonial Causes Act 1973*...constituya una violación del Artículo 12 de la Convención...".

"...75 La Corte reitera que el Artículo 14 proporciona protección contra la discriminación en el goce de los derechos y libertades que salvaguardan las otras previsiones sustantivas de la Convención. Sin embargo, no cualquier diferencia de tratamiento importará una violación de este Artículo. En vez, debe establecerse que otras personas en una situación análoga o similar en grado relevante, disfrutaban de tratamiento preferencial, y que no hay una razonable u objetiva justificación para dicha distinción...".

"...76. La Corte nota que antes de ahora ha concluido que el Estado demandado no ha sobrepasado el margen de apreciación al no acordar reconocimiento legal al género transexual post-operatorio...", toda vez que se demostró un justo balance entre la necesidad de salvaguardar los intereses de transexuales como los peticionarios y los intereses de la comunidad en general.

En definitiva, la Corte no tuvo por configurada ninguna violación, en los términos de dicha norma.

En "*X, Y and Z v. the United Kingdom*" (Nº 75/1995/581/667, del 22/4/1997), a propósito del intento de un transexual de registrar como hijo al vástago de su pareja, la Corte observó que la ley inglesa definía al sexo de la persona con referencia a un criterio biológico en el momento del nacimiento, y que no aceptaba su variación desde una cirugía de reasignación; con lo cual el individuo transexual mujer a hombre, no tenía permitido casarse con una mujer. Y apreció que la actitud de cautela del Estado resultaba justificada, desde que era posible que la reforma que se perseguía pudiese tener ramificaciones indeseables o impensadas para los niños en la situación de Z.

Reiteró la inexistencia de un modo general de aproximación al problema compartido por las altas partes contratantes, en punto a cómo estas relaciones sociales deben reflejarse en la ley, e insistió en que el tema es materia de debate. Reobró sobre el estándar utilizado en "*Rees*" (p. 15, para. 37) y "*Cossey*" (p. 16, para. 40), en cuanto a que, ante el escaso nivel de acuerdo existente entre los estados miembros,

la normativa parece estar en un estado de transición, por lo que cada país tiene un amplio margen de valoración, en un campo donde se mueven complejos problemas técnicos, legales, morales y sociales. No obstante considerar que en el caso se habían creado lazos familiares, teniendo en cuenta que X. no estaba privado en modo alguno de actuar socialmente como padre del niño Z., estimó que no había violación del art. 8, sin examinar la queja relativa al art. 14 (discriminación), por la íntima conexión existente con el tópico ya tratado.

Ahora bien, al hilo del criterio dinámico de interpretación establecido en los precedentes “*Rees*”, “*Cossey*” y “*Sheffield*”, el tribunal ha insistido en la idea de que la Convención es un cuerpo vivo, que debe leerse a la luz de las circunstancias de tiempo y lugar, según la evolución acaecida en lo social, jurídico y científico. Precisamente, esos son los patrones de los que se valió *in re* “*Christine Goodwin v. United Kingdom*” e “*I. v. United Kingdom*” (*application* N° 28957/95 y *application* N° 25680/94, respectivamente, ambos del 11/7/2002), para reevaluar el rango de apreciación librado a los Estados miembros, a la hora de fijar restricciones en sus ordenamientos internos.

Para tomar el más difundido de esos casos, en “*Goodwin*” la Corte de Estrasburgo tuvo por configurada la violación de los arts. 8, 12 y 14 del CEDH. Comenzó por tomar en cuenta los cambios de punto de vista ocurridos en torno a la transexualidad en el mismo Reino Unido, en Europa y fuera de ella (Canadá, Sudáfrica, Israel, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos). Evocó las normas interpretativas de aproximación dinámica y evolutiva, que propenden a que los derechos se den práctica y efectivamente y no de modo teórico o ilusorio. Propuso, entonces, atender a la situación general reinante para evaluar, a su luz, cuál es la interpretación y aplicación adecuada de la Convención. Estimó ilógico que el Estado, no obstante admitir la realización de operaciones de cambio de sexo, no se haga cargo de las derivaciones legales, negándose a autorizar la rectificación de los registros que hacen al estado civil, o la celebración de matrimonio con una persona del sexo de origen, o la posibilidad de ejercer los respectivos roles parentales. Sopesó los inconvenientes que una implementación acorde aparejará al sistema, sin encontrar que ellos sean graves ni insuperables.

“90... Como sea [acotó], la esencia misma de la Convención es el respeto por la dignidad y la libertad humanas. Bajo el Artículo 8 de la Convención en particular, donde la noción de autonomía personal es un importante principio que subraya la interpretación de sus garantías, la

protección es dada a la esfera personal de cada individuo, incluyendo el derecho a establecer las particularidades de su identidad como ser humano individual (v., *inter alia*, *Pretty*...). Puesto que no hay factores significativos de interés público para sopesar en contra del interés de estos aspirantes en la obtención de reconocimiento legal para su género reasignado, ésto lleva a la conclusión de que el justo balance que es inherente a la Convención ahora se inclina decisivamente a favor de los actores...”.

Al rememorar la doctrina de *Rees*, *Cossey* y *Sheffield and Horsham*, reflexionó acerca de que, en esos casos, la inhabilidad para contraer matrimonio se sustentó en la conexión entre el derecho a casarse y las nupcias tradicionales de dos personas de sexos biológicos opuestos, como asimismo, en la idea de protección del matrimonio en tanto fundamento de la familia (*Rees*... p. 19, § 49).

“...98. Volviendo a ver la situación en 2002, la Corte observa que el Artículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia. El segundo aspecto –sin embargo– no condiciona al primero y la inhabilidad de cualquier pareja de concebir un hijo o de ser padres no puede remover *per se* su derecho a disfrutar la primera parte de esta previsión...”.

“...99. El ejercicio del derecho a casarse produce consecuencias sociales, personales y legales. Está sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes, pero las limitaciones que así se introduzcan no deben restringir o reducir el derecho de tal modo o en tal extensión que su esencia misma resulte deteriorada (ver fallos *Rees*, p. 19, § 50; *F. v. Switzerland* del 18 de diciembre de 1987, *Series A* N° 128, § 32)...”.

“...100. Es verdad que la primera sentencia refiere expresamente al derecho a casarse de un hombre y una mujer. La Corte no está persuadida de que a la fecha de este caso todavía pueda asumirse que esos términos refieran a una determinación de género puramente sobre criterios biológicos (como sostuvo Ormrod J. en el caso de *Corbett v. Corbett*, párrafo 21...). Ha habido mayores cambios sociales en la institución del matrimonio desde la adopción de la Convención, tanto como dramáticas alteraciones causadas por los desarrollos en medicina y ciencia en el campo de la transexualidad... La Corte también quiere hacer notar que el Artículo 9 de la recientemente adoptada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se aparta, sin duda

deliberadamente, de la redacción del Artículo 12 de la Convención al remover la referencia a hombres y mujeres (ver parágrafo 58 ...)...”.

“...101...La peticionaria en este caso vive como una mujer, mantiene una relación con un hombre y desea sólo casarse con un hombre. Ella carece de la posibilidad de hacerlo. Desde el punto de vista de la Corte, puede por tanto reclamar que la esencia misma de su derecho a casarse ha sido infringida...”.

Ese cuerpo también hizo mérito del contexto jurídico-político del Reino Unido, haciendo notar que los jueces locales tendían a pensar que el tema podía manejarse mejor por vía legislativa, mientras que las oficinas gubernamentales no abrigaban ninguna intención actual de ingresar en ese cauce.

A su tiempo, en “*Karner v. Austria*” (*application* N° 40016/1998, del 24/7/2003 – *final* 24/10/2003), se avanza en el reconocimiento de la pareja homosexual, aunque en una esfera bien puntual. Allí, la Suprema Corte austríaca había desautorizado lo resuelto por los jueces de Viena en las anteriores instancias, estableciendo que el beneficio de subrogación en el arrendamiento por muerte de uno de los integrantes de la pareja conviviente abarcaba sólo a las parejas heterosexuales (sentencia del 5 de diciembre de 1996). Para ese tribunal, la noción “compañero de vida” (*Lebensgefährte*) contenida en la Sección 14(3) de la ley de locaciones, debía interpretarse al tiempo de la sanción de la norma, y la intención del legislador en 1974 no había sido incluir a personas del mismo sexo.

La Corte de Estrasburgo entendió que justificar el trato dispar con el argumento de proteger a la familia tradicional comportaba un artificio pues, en los hechos, era posible arbitrar una gama de medidas para cumplir ese objetivo, sin que fuera menester negar esas mismas prerrogativas a los compañeros del mismo sexo.

Arguyó: “...37. La Corte reitera que, a los fines del Artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, o sea, si no persigue un objetivo legítimo o si no guarda relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se busca realizar (ver *Petrovic*,... p. 586, § 30). Además, deberían esgrimirse razones de mucho peso antes de que la Corte pueda considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en el sexo como compatible con la Convención... Como las diferencias

basadas en el sexo, las que se fundan en la orientación sexual requieren razones particularmente serias como modo de justificación (v. *Smith and Grady*, ... § 90, y *S.L. v. Austria*, ... § 37)...”.

“...40. La Corte puede aceptar que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón grave y legítima que puede justificar la diferencia en el tratamiento (ver *Mata Estevez v. Spain* [dec.], Nº 56501/00, ECHR 2001–VI...). Pero queda por descubrir si, en las circunstancias de este caso, el principio de proporcionalidad ha sido respetado....”.

Si la distinción se origina en el sexo o en la orientación sexual –continuó–, se debe demostrar que hay un interés público, y que la categorización es necesaria para lograr ese designio. Finalmente, como el Estado no acreditó tales extremos, tuvo por verificada una violación del art. 14, tomado en conjunción con el art. 8 de la Convención de Roma (parágrafos 41 a 43).

En orden al alcance del predicho artículo 14, se ha señalado que en el pensamiento de la Corte de Estrasburgo la orientación sexual constituye una noción incorporada al ámbito de esa cláusula, cuya enumeración es sólo enunciativa (caso “*Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*”). Por ende, la justificación de las distinciones basadas en esa circunstancia exige la concurrencia de razones de particular relevancia.

Más recientemente, este organismo de derechos humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre el criterio heterosexual como calificador del matrimonio. Así, en el año 2005, *in re* “*B. & L. v. United Kingdom*” (*app.* Nº 36536/02 [13/9/2005]), aclaró que el “[...] artículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia. El ejercicio de ese derecho da nacimiento a consecuencias sociales, personales y legales y el Artículo 12 expresamente prevé la regulación del matrimonio por parte de la ley nacional. Dadas las sensibles razones morales concernientes a la importancia de adherir a la protección de los niños y de alentar los ambientes familiares seguros, esta corte no debe apresurarse a sustituir –a través de su propio juicio– el lugar de las autoridades, que están mejor ubicadas para evaluar y responder a las necesidades de la sociedad...” (para. 36).

En “*R. and F. v. The United Kingdom*” (*app.* Nº 35748/05 [28/11/2006]), al sentar sus conclusiones, reprodujo esa misma idea y agregó que “...

[e]n la ley doméstica el matrimonio sólo es permitido entre personas de género opuesto, sea que ese género derive de una atribución al tiempo del nacimiento o de un procedimiento de reconocimiento. Los matrimonios homosexuales no están permitidos. El Artículo 12 de la Convención, consagra de modo similar el tradicional concepto de matrimonio entre un hombre y una mujer (*Rees v. the United Kingdom, cited above*, § 49). Mientras es cierto que hay un número de Estados Contratantes que han extendido el matrimonio a las parejas del mismo sexo, ello refleja su propia visión del rol del matrimonio en sus sociedades pero (...) no fluye de una interpretación del derecho fundamental que formularon los Estados Contratantes en la Convención de 1950...”.

En definitiva, si bien los desarrollos jurídicos de la UE no vinculan a la República Argentina, lo dicho hasta aquí resulta orientativo en tanto denota que, dentro de ese prestigioso sector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el matrimonio homosexual –como estatuto fundamental de implementación obligatoria para los ordenamientos internos–, no puede en modo alguno considerarse como *communis opinio*, quedando la regulación en el marco discrecional de los Estados miembros, según sus realidades intrínsecas.

– VI –

Establecido ello, cabe detenernos ahora en la contraposición que se invoca entre las normas del Código Civil en materia matrimonial y las de nuestra Carta Magna.

Ante todo, en este tema estimo aplicables las consideraciones vertidas en el punto IV en torno a la igualdad ante la ley y la no discriminación, remisión que me bastará para aconsejar, como lo haré, que se desechen los agravios esgrimidos sobre el particular.

En segundo lugar, el derecho de asociación es a mi entender francamente inatente, pues no se advierte por qué el diseño matrimonial vigente afectaría la posibilidad de que las recurrentes R. y C.V. formen o ingresen a una agrupación fáctica, persona jurídica u otro tipo de entidades. Además, el recurso no explica con la profundidad del caso la correlación entre dicha prerrogativa y el connubio. Y aun concediendo por hipótesis que el matrimonio sea meramente una más de las formas asociativas posibles, los imprecisos agravios de las actoras no refutan, desde la óptica del art. 14 de nuestra Carta Magna, la habilitación

constitucional del legislador para regular –discrecionalmente y según los valores comunitarios prevalentes– este costado del particular instituto en debate.

Por otro lado, no alcanzo a percibir –ni lo devela la escueta referencia de fs. 224 segundo párrafo–, cuál es la relación directa e inmediata entre el derecho de admisión genéricamente invocado y la efectiva solución de la controversia (arg. arts. 3 inc. "e" de la Acordada CSJN 4/2007 y 14 inc. 3º de la Ley 48; doct. Fallos: 326:1663). Tampoco puede verse dónde reside la supuesta vulneración constitucional de una potestad cuya misma noción –según la ensayan en abstracto las interesadas– parecería descalificar la tesitura que defienden. En todo caso, el reenvío a los razonamientos expuestos en el punto IV y a los que explicitaré a continuación, despeja, a mi juicio, los únicos interrogantes de relevancia propuestos en el recurso.

Pues bien, dilucidada como quedó la cuestión planteada a nivel del Derecho Internacional, resulta conducente observar que nuestra norma fundamental no parece traer, en cuanto al derecho a casarse, directivas expresas o implícitas sustancialmente diferentes. Justamente, cuando en 1994 hizo suyas las reglas de los pactos enumerados en su art. 75, la Constitución Nacional –que tampoco contiene una definición de matrimonio– actualizó una garantía cuya consistencia discrecional se examinó en el punto IV.

En ese contexto, no encuentro que nuestro sistema consagre una tutela nupcial tal como la entienden las peticionarias, toda vez que ella está, por de pronto, sujeta a la ley, sometimiento que emana del orden constitucional en razón de su misma naturaleza (Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina" actualizado, año 2001; p 54 N° 90). Así se encarga de advertírnoslo el art. 20, único que dedica al *ius connubii* un enunciado explícito, aunque secundario, al decir "[l]os extranjeros... pueden... casarse conforme a las leyes...".

Es cierto que, como se vio en los puntos que anteceden, el acceso al matrimonio integra claramente el catálogo de los derechos humanos básicos; también lo es que el Poder Legislativo debe ceñir su cometido al perfil de ese derecho, conformándose al plan de la Carta Magna (art. 28; arg. Fallos: 326:2637, por remisión a lo opinado por esta Procuración; J. V. González, ob. cit., p 54 N° 91). Precisamente por eso, la labor de exégesis constitucional no puede emprenderse sin preguntarnos –como

lo hicimos—, por el contenido esencial de aquella prerrogativa, en el que, desde luego, entronca el propio proyecto personal de vida, aunque inserto equilibradamente dentro de los valores e intereses generales de una sociedad determinada.

En concordancia con ello, si bien la libertad de elección del consorte le es consustancial, no resulta irrestricta. Además de los cotos formales y de salubridad, ese “otro” debe ser, por de pronto, una persona humana. También se requieren otras condiciones especiales, como la ausencia de ciertos grados de parentesco y la exclusividad, ámbito de restricciones al que también pertenece el requisito de género controvertido en autos.

El señalamiento que acabo de hacer se vincula con los conceptos que desarrolló esta Procuración en el dictamen de Fallos: 321:92, donde se recordó “...que la frustración de la libertad de consentimiento, es decir, de la posibilidad *de elegir el propio modelo matrimonial*... es una consecuencia del principio de supremacía del orden público sobre la autonomía de la voluntad de los particulares consagrado, por los arts. 19 y 21 del Código Civil —normas no atacadas por las partes—... Y desde que el Tribunal ha sostenido reiteradamente que, en general, lo referente al régimen del matrimonio civil... hace al orden público interno (v. Fallos: 273:363; 307:1371 y 311:2247 punto 16, segundo párrafo), cabe concluir que, en ese ámbito la libertad no es absoluta y que, disposiciones legales vinculadas al matrimonio, no pueden quedar sometidas al arbitrio de los particulares...”.

“...[la postura contraria] podría conducir ... de llevarse a su total desarrollo dialéctico, a la imposibilidad de legislar en materia de matrimonio civil por la inviabilidad de responder a todas las creencias ... Con lo cual el planteo formulado conduce, en última instancia, a cuestionar implícitamente, la facultad del Congreso Argentino de legislar en materia de matrimonio civil, tesis que ha sido rechazada por V. E. en la sentencia precedentemente citada (v. capítulo VII, ap. 2do. de este dictamen y más adelante lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)...”.

La cita precedente, si bien no está referida al matrimonio homosexual, alude, sin embargo, a la cuestión medular que tenemos ante nosotros: lo que está en tela de juicio en esta causa es la potestad estatal de restringir la libertad de consentimiento en punto a la complementariedad sexual, por la vía del diseño matrimonial imperativo.

Ya hemos dicho que tal temperamento está autorizado por la normativa internacional de los derechos humanos. Y resulta –agregamos ahora– coherente con el funcionamiento de los derechos fundamentales en el área del Derecho de Familia. Esta rama jurídica –no obstante regular nexos de neto corte personal–, habida cuenta de la relevancia social de las realidades que contempla, sigue aún imbuida de una importante impronta publicista, máxime en lo que concierne al estado civil.

Desde ese ángulo, como se ha encargado de aclarar el *a quo*, no puede discutirse que la sexualidad es un asunto que hace a la intimidad del individuo, quien posee la facultad de “estar a solas” sin injerencias estatales, mientras se trate de acciones privadas, consentidas y entre adultos (he ahí el espacio característico de una de las principales vertientes de la libertad). Empero, cuando esa facultad se exterioriza y actúa en el radio alcanzado por la norma, viene a operar el poder de policía estatal (doct. del art. 19 de la Constitución Nacional; J.V. González: ob. cit. p 59 a 63, esp. 60 primer párrafo).

En esa línea, la construcción de la forma institucional del *ius nubendii*, y el ingreso al estatus que de él se deriva, son mecanismos que no operan automáticamente a partir de la mera expectativa individual, desde que trascienden al círculo de lo colectivo. Se trata, en efecto, de un acto fundacional no sólo para los contrayentes sino para el Estado, dado que la existencia de éste reposa en la familia, como asiento primordial de la sociedad, y en el matrimonio, como una de sus fuentes históricas, con independencia del concepto que de ellos se tenga (arg. Fallos: 304:1139).

Los autores expresan al respecto que, mientras la convivencia en la esfera íntima está exenta de la autoridad de los magistrados, el conubio pertenece a una dimensión distinta: la dimensión institucional, originada con miras a la organización social a través de recaudos impuestos por el legislador, con el propósito de promover determinadas conductas o modelos de convivencia.

El Tribunal Constitucional español aporta en este tópico, algunas palabras esclarecedoras: “...las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se encomienda

al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencia determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 32/1981; STC 26/97).

Estimo, entonces, que no nos es dado pensar –como postulan las actoras– que el legislador haya infringido su poder de configuración, alterando el núcleo del derecho, ya que la ley se atuvo al diseño institucional al que responde nuestra norma máxima, cuya economía de garantías –reitero– no hace sino alinearse con los pactos internacionales a ella incorporados (v. punto IV).

De aceptarse estas premisas, deberemos concluir que no es éste el cauce para zanjar –como lo pretenden las recurrentes– las eventuales inequidades existentes, sin perjuicio de las soluciones que, para situaciones específicas fehacientemente demostradas, pudiere proveer el servicio de justicia, tal como V.E. lo ha hecho en Fallos: 329:5266.

En definitiva, de lo dicho se sigue que la determinación del modelo matrimonial es un problema que excede el ministerio propio de la jurisdicción, para adentrarse en la actividad normativa de la Nación (arg. Fallos: 317:1505; 319:2617), en un nivel que no corresponde determinar en esta causa.

Dicha conclusión se impone también desde la perspectiva que ofrece la diversidad de situaciones planteadas y de soluciones adoptadas a nivel mundial que anoto en el Anexo A, y que da cuenta acabada de la indudable necesidad de un debate amplio que comprometa a la sociedad toda, superando la acotada esfera decisoria de los jueces.

– VII –

Justamente, ese recorrido por algunos aspectos salientes del inabarcable devenir internacional, permite rescatar tres hallazgos objetivos que, en mi parecer, deben aquilatarse con especial cuidado.

El primero de ellos es que la consideración del tema muestra un arco muy amplio: la mayoría de las sentencias provenientes de cuerpos colegiados no son unánimes, como tampoco lo son las soluciones

que ofrecieron las diferentes instancias intervinientes. A su vez, puede afirmarse que dentro del variado panorama del pensamiento actual, si bien –como lo dije en el punto III– la tesis que propugnan las peticionarias ha avanzado, todavía siguen siendo excepcionales los productos jurídicos que modificaron el rasgo universal de la complementariedad sexual.

El segundo dato es que, independientemente de su postura, los operadores que abordan el tópico hacen referencia obligada, ante todo, a la trascendencia institucional del matrimonio y, luego, a cuál es su fisonomía, tal como es asumida por cada comunidad.

El tercer elemento –vinculado por cierto con lo anterior– es que los sistemas legales y sociológicos comparados aceptan comúnmente que el carácter intersexual singulariza a este tipo de unión humana.

A partir de allí, reitero, el delicado conflicto traído a juzgamiento está lejos de una aproximación pacíficamente admitida: las divergencias que suscita aún permanecen abiertas en los más diversos niveles.

Exige, por ende, una labor interdisciplinaria. Y reclama, principalmente, un debate en el seno de nuestra sociedad que, estimo, no ha transitado los caminos indispensables antes de decidir si consagrará o no una reestructuración de enorme magnitud social y jurídica.

Tal es, en efecto, la dimensión del cambio, que llevó a juristas de sistemas dispares –el continental europeo y el *common law*– a interrogarse sobre su significación como alteración de la propia naturaleza jurídica del instituto, y sobre el cometido al que están llamados, en la emergencia, los distintos Poderes.

En todo caso, creo que la respuesta jurisdiccional no debe ignorar que el matrimonio, cualquiera sea la concepción que de él se tenga, afecta al tejido social y reviste un interés público relevante, con lo cual, toda mutación sustancial en su configuración no puede prescindir de la indispensable discusión pública. Con sus matices, éste ha sido un derrotero común en el Derecho comparado que reseño con algún detalle en el Anexo A.

Ya he aludido a la transformación que ha sufrido la visión socio-jurídica de la familia a partir del siglo pasado. También es innegable que nuestro sistema ha experimentado una singular profundización

en la vertiente de los derechos humanos, de la mano de la reforma del año 1994 y de los pactos internacionales dotados hoy de especial jerarquía.

Precisamente, en seguimiento de la guía insoslayable que representa dicha fuente, esta Procuración ha venido bregando acendradamente por la vigencia de aquellas prerrogativas fundamentales en clave optimizadora y progresiva. Ello no quiere decir, sin embargo, que se caiga en el olvido de una de las pautas inherentes a la vida republicana, cual es la división de Poderes.

En tal sentido, la consolidada enseñanza de la Corte nos orienta acerca de que la misión más delicada de la justicia es saber mantenerse dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, lo cual es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de reglamentar los derechos reconocidos por la norma fundamental, coordinando el interés privado con el público. Y nos previene acerca de que el avance de un Poder llamado a sostener la vigencia de la Constitución, en detrimento de las potestades de los demás, comportaría una seria afrenta a la armonía y el orden general (arg. Fallos: 155:248; 241:291 [voto de los Dres. Araoz de Lamadrid y Oyhanarte]; 252:288 [voto del Dr. Araoz de Lamadrid]; 272:231; 302:232; 303:1409; 305:628; 308:2268 [disidencia del Dr. Belluscio]; 310:112, 1162 [voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayt], 1401 [disidencia del Dr. Fayt]; 311:2580, 253; 312:156 [voto del Dr. Fayt] y 1725 [disidencia del Dr. Belluscio]; 316:2624, 2732, 2940; 317:126; 327:2048; 329:1723 y 3089 consid. 18).

Como correlato de esta directriz, V.E. remarca que no corresponde a los jueces sustituir al Parlamento, dado que el control de constitucionalidad no incluye la evaluación de la conveniencia, oportunidad o acierto del criterio adoptado por el legislador en la esfera de sus atribuciones, lo cual desvirtuaría el ámbito de reserva de los otros departamentos del Estado (Fallos: 300:700; 306:1074, 1597; 312:122, por remisión al dictamen de esta Procuración; 312:888; 320:1962; 323:3215; 329:3966; y opinión vertida en Fallos: 321:92).

Digo esto porque, como expliqué anteriormente, no he detectado una certera ofensa constitucional en la reglamentación del derecho cuya titularidad se arrogan las peticionarias. Con lo cual, más allá de la idea que se tenga acerca de cuál es la mejor opción legislativa, se hace patente el carácter de este asunto, que conjuga múltiples y com-

plejas facetas. Y donde campea una amplia gama de variables, cuyo manejo –opino– supera al cometido jurisdiccional para adentrarse en la factura misma de la política pública.

Pienso, entonces, que la judicatura debería actuar con suma prudencia, absteniéndose de formular reestructuraciones que, por su índole, demandan un amplio consenso, además de un previo estudio minucioso y abarcativo. Máxime que –como lo han verificado otros países en la práctica– una decisión positiva incidirá en distintos sectores de la realidad no sólo social, sino también jurídica; de manera que de optarse por una reforma la reconsideración integral del sistema legal familiar se convertiría en una verdadera exigencia, requiriendo la ejecución de acciones ajenas al cometido jurisdiccional (arg. S.C. G. N° 147, L. XLIV, “García Méndez, Emilio y Musa María Laura s/causa N° 7537, de fecha 2 de diciembre de 2008, consid. 6°).

En este sentido, es menester sopesar las consecuencias posibles de una decisión como la solicitada, que sólo aportaría una solución parcial a problemas mucho más vastos, como lo evidencian los precedentes que reseñé en el Anexo A (arg. Fallos: 313:532; 320:495). Es más, en casos como el presente, una salida fragmentada bien podría convertirse en una fuente de nuevos conflictos, por cierto difíciles de encauzar.

– VIII –

Finalmente, a modo de síntesis, cabe recordar que en el punto IV se ha verificado la postura del Comité de Derechos Humanos (ONU), voz altamente autorizada, en tanto organismo de monitoreo de uno de los instrumentos paradigmáticos en el andamiaje de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]). Esa comisión asume explícitamente que la restricción impugnada no entraña violación alguna, en los términos –entre otros– de los arts. 23 (derecho al matrimonio) y 26 (principio de no discriminación).

Al mismo tiempo, en aquel punto se ha determinado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al que adhiere nuestra Constitución, deja librada a la valoración de cada uno de los Estados la selección de este ángulo del modelo matrimonial.

A partir del tenor conclusivo de esas premisas, no creo menester estudiar ni los niveles de severidad aplicables en el escrutinio, ni los restantes argumentos volcados en el recurso extraordinario.

Del mismo modo, aquella constatación da por tierra con las alegaciones esgrimidas en torno al alcance del PIDCP. Y lo propio sucede con los restantes documentos internacionales de igual jerarquía, respecto de los que las interesadas argumentaron genéricamente sin lograr demostrar que sus cláusulas ameriten una interpretación disímil. Por lo demás tampoco han invocado las recurrentes que nuestra carta de derechos haya expandido la garantía respectiva más allá del concepto aludido por el Comité, hipótesis que, por otra parte, descartamos en el punto VI.

Así las cosas, adquiere plena virtualidad el canon acuñado por V.E. en el sentido de que la declaración de invalidez constitucional de un precepto comporta la más delicada encomienda dada a los tribunales de justicia, un acto de suma gravedad que debe pensarse como última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 324:920, entre otros). Por ello, sólo ha de proceder frente a la convicción cierta de que la aplicación de la ley conculca el derecho o la garantía constitucional alegados (Fallos: 321:441 y su cita), lo cual, como dije anteriormente, no ocurre en la especie.

Asimismo, se desvanece la arbitrariedad acusada, pues se evidencia que el *a quo*, al abordar este controversial asunto, ha examinado los temas propuestos por las amparistas desde una de las perspectivas posibles, en compañía de tribunales, organismos y autores, tanto nacionales como foráneos.

Sin embargo, bien que el cauce elegido en autos no parece idóneo para solventar la problemática, creo necesario dejar a salvo que –más allá del debate puntual que nos convoca– ninguna solución sana ha de venir por la vía del desconocimiento de la realidad que viven estos conciudadanos.

La clarificación de su situación legal es una deuda que el sistema político-jurídico debe saldar. Ello, con el adecuado respaldo democrático, que no reposa ni en el apresuramiento, ni en la improvisación, sino en la iniciación de un profundo proceso en el que tenga lugar la discusión pública, con participación de todos los sectores, los aportes técnicos y el estudio de los antecedentes a nivel mundial; tal como lo reclaman la complejidad de la materia y la amplitud de sus proyecciones.

Acotado a ese marco, y dada la multiplicidad de aristas que ofrece la condición legal de la pareja homosexual –todas ellas inatendidas

por la normativa vigente— entiendo que, de estimarlo conducente el Tribunal, sería conveniente llevar el problema a conocimiento de las autoridades correspondientes, haciendo uso —en lo pertinente— del mecanismo articulado por esa Corte en el precedente “Badaro” (Fallos: 329:3089, consid. 19). Pues, como lo sostuve en el dictamen emitido *in re* “Miguez” (S.C. M. N° 2230, L. LXL, en la que dictaminé con fecha 26 de junio de 2007), “...muchas veces el contenido de las sentencias expusieron a la ‘luz pública’ realidades sociales que, si bien existieron siempre, no fueron —por la causa que fuere— previstas [ni, agregó ahora, resueltas] por el legislador que entonces sí se vio compelido a considerarlas...”.

Con el alcance indicado, tenga V.E. por evacuada la opinión que se me solicita en la controversia. Buenos Aires, 5 de agosto de 2009.
Esteban Righi.

ANEXO A

Como se anunció al prologar el punto III del dictamen, describiremos seguidamente el panorama internacional. En esa tarea, a los fines ilustrativos, bastará detenernos —sin pretensión de exhaustividad— en unos pocos antecedentes que guardan mayores puntos de conexión con nuestra cultura, pues (más allá de que las soluciones particulares están signadas hondamente por las vivencias histórico-sociológicas propias de cada país y por las características de sus sistemas jurídicos), los ejes conceptuales se reiteran.

1°) Europa:

En este continente, el movimiento hacia la consagración legislativa de la convivencia homosexual arranca en junio de 1989 en Dinamarca, aunque hasta el año pasado, sólo Países Bajos, Bélgica y España habían recibido en sus ordenamientos positivos una noción de matrimonio construída independiente del sexo de los integrantes. Con fecha 17/6/2008, la Cámara Alta del Parlamento noruego, aprobó una ley en ese mismo sentido, con miras a regir desde enero del corriente año, y Suecia tiene el debate parlamentario abierto.

Coexiste en Holanda (1997) y Bélgica (1998), una regulación consistente en el registro de parejas. También la adoptan, con variaciones en cuanto al alcance de la remisión al estatuto matrimonial, a la filia-

ción y la adopción, Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996), Finlandia (2001/2), Francia (1999), Portugal (2001), Alemania (2001), Lituania (2002), Reino Unido, Luxemburgo, Polonia y Suiza (2004), Eslovenia (2005), República Checa (2006).

Entre estos últimos mecanismos, algunos –como la *Civil Partnership Bill* británica– otorgan un estatus idéntico, pero mantienen la distinción con el matrimonio, que se sigue concibiendo como una unión intersexual.

Resumiré a continuación algunas experiencias nacionales y comunitarias que, según pienso, denotan más acabadamente la naturaleza del proceso, así como la escasa uniformidad de su desenvolvimiento.

1.1.– Alemania: La Constitución de Bonn (art. 6), coloca al matrimonio y a la familia en una órbita especial de protección del Estado (sobre esa tutela preferencial y la pareja del mismo sexo, en un caso de atribución de la vivienda social, ver sentencia del Tribunal Constitucional del 8/2/1995).

En 2001, se introdujo el partenariado (*Lebenspartnerschaft*), equidistante del matrimonio aunque con una estructura relativamente similar, por estimarse que este último instituto no abarca a la unión homosexual, aunque la Ley Fundamental no alude expresamente a la unión entre varón y mujer. Impugnada su constitucionalidad, el Tribunal Constitucional analizó el punto a partir de la garantía institucional, de la libertad para contraer matrimonio, y del fin axiológico que emanan del mencionado artículo 6. Declaró la adecuación constitucional de la norma, desde que la protección reconocida al matrimonio no obsta a que el legislador asigne a las parejas derechos y obligaciones análogos a los que fluyen del matrimonio, cuya estructura no se ve amenazada por un mecanismo destinado a personas que no pueden contraerlo (sentencia del 17/7/2002).

Ya en la pasada década –ante la ausencia de una noción legal expresa–, se dictaron pronunciamientos contrapuestos. Así, el 21/12/1992, un Juzgado de Primera Instancia de Frankfurt, entendió que –frente al vacío legal– el enlace estaba habilitado, afirmando que el esquema tradicional violenta a la ley fundamental (que avala el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad y el derecho de contraer matrimonio con la persona elegida [arts. 2. I; 3.III y 6.I]). Prosiguió

diciendo que el Estado no está facultado a frustrar el desarrollo de una comunidad de vida, a menos que ello se encuentre justificado por un interés reconocidamente más valioso, interés que no detectó en el caso. Arguyó que –si bien las decisiones esenciales en los ámbitos relevantes para los derechos individuales, corresponden a la esfera parlamentaria (arts. 20.I y III de la Constitución) y el legislador ha rehusado regular este aspecto particular–, el Tribunal Constitucional Federal había admitido el matrimonio entre un varón y un transexual masculino sometido a una cirugía modificatoria; con lo cual, debe aceptarse el connubio entre contrayentes de igual sexo (v. asimismo sentencia de esa Corte federal BverfG, BVL 1/04 del 18/7/2006, sobre cambio de nombre y determinación de la pertenencia sexual).

A su tiempo, con fecha 1º/2/1993, el Tribunal Regional de Giessen interpretó que esa falta de regulación se debe a que, para el legislador, resulta patente que sólo pueden casarse hombre y mujer entre sí. Citando el concepto del Tribunal Constitucional que reservó el régimen matrimonial para estas últimas uniones, concluyó que la imposibilidad de celebrar la boda de dos personas del mismo sexo, no vulnera los derechos de rango fundamental.

1.2.– Bélgica: Como ya dijimos, ese país ha admitido un sistema intermedio de cohabitación extramatrimonial (1998). Por ley del 13 de febrero de 2003, se modificó el art. 143 del Código Civil determinando que “dos personas de sexo diferente o del mismo sexo pueden contraer matrimonio”, con ciertas restricciones (filiación y adopción).

En su Título II (arts. 8 a 32), la Constitución belga no toma partido, pues sólo establece que el matrimonio civil deberá preceder a la bendición nupcial, salvo las excepciones que pueda disponer la ley.

1.3.– España: Aquí, los primeros atisbos legislativos corresponden a leyes autonómicas, que regularon algunos efectos civiles de las uniones homosexuales estables (Cataluña [Ley 10/1998, del 15 de julio; uniones estables de pareja]; Aragón [Ley 6/1999, del 26 de marzo; parejas estables no casadas]); Navarra [Ley Foral 6/2000, del 3 de julio; igualdad jurídica de las parejas estables]; Comunidad Valenciana [Ley 1/2001, del 6 de abril; uniones de hecho]; Baleares [Ley 18/2001, del 19 de diciembre; parejas estables]; Madrid [Ley 11/2001, del 19 de diciembre; uniones de hecho]; Principado de Asturias [Ley 4/2002, del 23 de mayo; parejas estables]; Andalucía [Ley 5/2002, del 16 de diciembre;

parejas de hecho]; Canarias [Ley 5/2003, del 6 de marzo; parejas de hecho]; Extremadura [Ley 5/2003, del 20 de marzo; parejas de hecho] y el País Vasco [Ley 2/2003, del 7 de mayo; parejas de hecho]).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostuvo que esos regímenes no debían traspasar el ámbito de la relación privada (v. Moliner Navarro, Rosa María: “Las uniones homosexuales en el derecho Español” en *Revista de Derecho Comparado* N° 4, pág. 132 y su nota 1).

Coetáneamente, a partir de 1997, se presentaron proyectos en el Parlamento, que en un primer momento, decayeron o fueron rechazadas; dándose sólo ciertas equiparaciones en los ámbitos del Derecho Penal, de la ley penitenciaria o de la ley de arrendamientos urbanos.

Los autores se dividieron. En contra de aquellas iniciativas, se sostuvo que la regulación constitucional del matrimonio (art. 32 C.E.) es exclusiva y excluyente, reflejando así la decisión de la sociedad española de proteger la convivencia heterosexual estable, como consecuencia de que en ella se encuentra el núcleo natural para la descendencia. La simple unión homosexual –se dijo– debe considerarse como una legítima expresión de las libertades civiles, pero carece de los presupuestos indispensables para ser protegida institucionalmente. Se pensó que la extensión del matrimonio a la pareja homosexual tornaría a la institución en irreconocible, puesto que ella está signada por el principio heterosexual, esencial en la configuración jurídica y metajurídica de dicha categoría. A favor de las reformas, se expresó que la sexualidad no puede utilizarse en ningún caso como criterio cualificador de relaciones jurídicas, ni siquiera en el matrimonio (v. “Las uniones...” pág. 132 a 136 y sus notas 2 y 3).

El Tribunal Supremo, sentó criterio en el sentido de que “...el libre desarrollo de la personalidad... tiene el límite, al no ser ello posible, de contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que los matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73, N° 4 del Código Civil y 32 de la Constitución” (19/4/1991).

Por su parte, el Tribunal Constitucional había construido la noción de matrimonio como una institución social garantizada por la Constitución, indicando que el hombre y la mujer tienen aquí un derecho constitucional, cuyo régimen jurídico corresponde a la ley (sentencia N° 184/1990 del 15/11/90). Llegado su turno de abordar concretamente

el tema, evocó la doctrina (reiterada hasta ese momento), acerca de que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión por viudez, no pugna con el art. 14 C.E., como tampoco lo hacen las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio, que a otras unidades convencionales. Trasladó dicha afirmación (realizada en el contexto de la confrontación entre uniones heterosexuales –matrimonio y convivencia *more uxorio*–), a la pareja homosexual. Y allí tuvo oportunidad de declarar que el matrimonio entre individuos del mismo sexo no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional expreso para su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1) generador *ope legis* de una pluralidad de prerrogativas y obligaciones. En suma, en ese entonces entendió –con remisión a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, que debía admitirse la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como lo preveía el Código Civil español a la sazón vigente. De tal suerte, los poderes públicos estaban habilitados para otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer, frente a una unión homosexual. Sin perjuicio de ello, no descartó que el legislador pudiese establecer un sistema de equiparación, tal como la propugnaba el Parlamento Europeo (Referencia número: 222/1994; Tipo: Auto; Fecha de Aprobación: 11/7/1994; Sala: Sala Primera, Sección Primera: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon y de Mendizábal; Número registro: 1101/1993; Recurso tipo: Recurso de amparo).

Según el Consejo del Poder Judicial español, de este pronunciamiento dimanan tres conceptos básicos: a) La unión homosexual no es una institución jurídicamente regulada; b) No hay derecho constitucional a su establecimiento –ni el correlativo deber jurídico–, y su omisión no contraría el artículo 12 del Tratado Europeo de Derechos Humanos; c) Todo depende de la facultad que tienen los Estados de regular el derecho a casarse (informe sobre la ley 13/2005, fechado 26/1/2005, p 16 y 17).

Años después, vino a plantearse la ley de equiparación. En la exposición de motivos, se expresa que el derecho contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en la sociedad occidental, configurando al matrimonio como una institución, pero también como una relación jurídica que sólo puede establecerse entre personas de

distinto sexo. Se señala que, no obstante ello, el legislador puede y debe actuar haciéndose cargo de la evolución operada en el modo de conformar las diversas formas de convivencia, evitando toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad, ya que la cohabitación como pareja entre personas del mismo sexo, basada en el afecto, ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social crecientes. En una segunda parte, se indica como fundamentos constitucionales de la reforma proyectada, a "...la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)", resaltando como "...deber ineludible facilitar la mejor atención por parte de estos cónyuges a los menores que pudieran quedar integrados en tales unidades familiares".

En el curso del proceso legislativo, se requirió la opinión consultiva del Consejo de Estado, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y el Consejo General del Poder Judicial (también se escuchó a agrupaciones y personas físicas con conocimiento o interés en la cuestión).

La respuesta de los organismos precitados, fue adversa. Por tomar una de ellas, el Consejo Poder Judicial, en un extenso informe, comienza reflexionando acerca del derrotero histórico seguido por el instituto, asumiendo que el proyecto objeto de examen "...representa, probablemente, la reforma de mayor calado que se haya hecho del régimen legal del matrimonio en la historia de nuestro Derecho". Entiende que "[p]ara posibilitar tal medida no queda más remedio que eliminar de la institución matrimonial un signo identificador hasta ahora indubitado y jurídicamente incuestionado tanto por el legislador como por la opinión prácticamente unánime de la doctrina más acreditada, esto es, que el matrimonio es una unión heterosexual, característica ésta basada en la idea de complementariedad de sexos y en el matrimonio como base ordinaria para la constitución de una familia. Desde este punto de vista, la heterosexualidad es un elemento constitutivo esencial del propio concepto de matrimonio: el matrimonio o es heterosexual o no es...".

Basta, dice, "...echar una ojeada al estado de la doctrina, para captar que se 'da por hecho' que el matrimonio es por esencia heterosexual y que una unión homosexual no cabe bajo la forma de unión

matrimonial, si bien hay posturas contrarias pero minoritarias. De las numerosísimas definiciones que la doctrina civil ha hecho de matrimonio, cuando se ha ofrecido una definición basada no sólo en una opción sobre la naturaleza jurídica del matrimonio sino que se ha recogido el elemento sexual, el dato de la heterosexualidad aparece con toda naturalidad como un elemento indiscutible, obvio. Cabe citar, entre otras muchas, desde las más antiguas a las actuales y a modo de ejemplo, las siguientes: —«*sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen con vínculo indisoluble...*» Ferrero en 1849; —«*la unión de dos personas de sexo diferentes para la moralización del instinto natural del sexo y las relaciones por él establecidas*» Gutiérrez Fernández en 1871; —«*unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera*» Espín Cánovas; —«*unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perfecta comunidad de existencia*» Manresa y Navarro, seguidos por Castán; —«*unión entre un hombre y una mujer, tendencialmente para toda la vida, con la finalidad de realizar la más plena y completa comunidad de existencia*» García Cantero; —«*unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida*» Puig Peña; —«*unión de un hombre y una mujer reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas*» Ennecerus; —«*unión de un varón y una mujer concertados de por vida mediante la observancia de determinados ritos y formalidades legales y tendientes a realizar una plena comunidad de existencia*» Díez Picazo y Gullón; —«*unión legal de un hombre y una mujer que se encamina a una plena comunidad de vida y funda la familia*» Albaladejo; —«*unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida*» Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida; —«*relación entre un solo hombre y una sola mujer que supone el establecimiento de una comunidad duradera de vida*» Salvador Cordech; —«*el matrimonio es un negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena*» O'Callaghan; —«*unión estable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida*» Moro y Sánchez...”.

“...Lo más destacable de estas definiciones —unánimes en cuanto a este punto— es que son doctrinales, científicas; son definiciones que no se hacen partiendo de una determinada regulación legal ni haciendo glosa del momento legislativo, lo que significa que cuando desde la ciencia del Derecho se indaga en la naturaleza jurídica de la institución matrimonial, la heterosexualidad surge con toda naturalidad y si

se suscita la hipótesis de la unión homosexual lo es o para remarcar su insostenibilidad o como cuestión que puede ser objeto de debate y polémica, pero ni mucho menos como tema central del Derecho matrimonial, pendiente de regulación...”.

“...En efecto, cuando el ordenamiento niega el matrimonio a dos personas del mismo sexo no hay, propiamente, discriminación puesto que un homosexual puede casarse del mismo modo y en las mismas condiciones en las que puede hacerlo un heterosexual: es decir, con una mujer (si es varón) o con un varón (si es mujer). Habría discriminación, en sentido estricto, si al homosexual se le impidiera radicalmente contraer matrimonio, con cualquier persona, por el hecho de ser homosexual, lo que no ocurre: puede casarse cuando quiera, pero con persona del otro sexo, entre otras razones porque eso, y no otra cosa, es el matrimonio. Naturalmente, el argumento que se emplea no es éste sino que el homosexual quiere casarse con la persona de su mismo sexo a la que quiere, o con la que quiere compartir su vida y eso es lo mismo —se dice— que hacen dos heterosexuales cuando se casan. Pero esto no es convincente en términos jurídicos, primero, porque dos personas heterosexuales cuando se casan, lo que hacen es unirse a una persona perteneciente al otro sexo, cosa que no se produce, por hipótesis, en las uniones homosexuales. Y en segundo lugar, porque el simple hecho de que alguien quiera casarse con alguien no supone necesariamente que pueda casarse con él: así, ¿podría quejarse de discriminación el varón a quien el Derecho le impide casarse con la mujer a la que quiere, solo por el hecho de que dicha mujer es su hermana o su hija? ¿o la mujer a la que el Derecho no deja casarse con el hombre al que quiere, por la simple razón de que él, o ella, o ambos, ya están casados con terceras personas?...”.

“...Como se ha dicho, tal criterio ha sido compartido por la práctica totalidad de la doctrina. Baste, a modo de ejemplo, citar a civilistas como Albaladejo, Díez Picazo y Gullón que entienden que el constituyente de 1978 no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo “entre sí” (Albaladejo) y esto «*porque lo da por supuesto*» (Díez Picazo y Gullón) por cuanto —se añade ahora— era el deducible del artículo 44 del Código Civil y era la regulación coherente con nuestra tradición jurídica, lo que confirman los estudios y comentarios a la Constitución (cf. Garrido Falla, Alzaga, Prieto Sanchis). Abundando en esta idea, Díez Picazo —que participó activamente en la reforma de 1981— señala que una de las grandes y principales líneas de fuerza de aquella reforma era procurar la igualdad jurídica del varón y la mujer en el

matrimonio, suprimiendo las discriminaciones de la legislación civil y regulando la común participación del esposo y la esposa en la disposición, gestión y administración de los patrimonios comunes. Queda así de manifiesto que la hipótesis de un matrimonio entre personas del mismo sexo no se trató, ni se suscitó una igualación jurídica entre heterosexuales y homosexuales respecto del matrimonio, sino entre el hombre y mujer...”.

“...[C]abe sostener que las necesidades jurídicas de esas personas que optan por llevar una vida en común sobre la base de una circunstancia subjetiva –su tendencia sexual– no pasa *necesariamente* por abrirles un instituto –el matrimonio– que tiene unos caracteres propios y genuinos –la heterosexualidad–, sino por indagar la posibilidad de crear una figura jurídica propia que satisfaga esas aspiraciones, pero sin alterar el contenido esencial del matrimonio, figura jurídica que se toma como término no ya de comparación como de solución o inclusión. La heterosexualidad es una seña que identifica el matrimonio y esto se basa no en la ‘tendencia’ heterosexual de sus miembros –lo que implicaría un elemento subjetivo–, sino en la realidad biológica, física o anatómica en que se plasma la diversidad y complementariedad de sexo...”.

Enuncia algunas diferencias respecto de ambas realidades; entre ellas, la primera, “[p]or razón de su estructura: una está compuesta por personas de distinto sexo, y otra por personas del mismo sexo...”. Y la segunda, “[p]or su funcionalidad social: las uniones heterosexuales son estructuralmente fecundas, mientras que las uniones homosexuales son estructuralmente estériles. Esto quiere decir a su vez que las uniones heterosexuales son socialmente relevantes, en la medida en que de ellas depende la continuidad de la sociedad a través del nacimiento de los nuevos ciudadanos ...Frente a esto hay que señalar que una cosa es que por razones patológicas o de edad una concreta pareja no obtenga o no pueda obtener descendencia y otra bien distinta que el legislador abra el matrimonio a uniones que por principio, de forma generalizada y estructural es imposible que tengan descendencia por obvias razones físicas o biológicas, porque está en la naturaleza de las cosas que una mujer no puede fecundar a otra mujer ni un hombre a otro hombre...”.

“...*Mutatis mutandi*, lo expuesto viene a coincidir con los criterios inveterados que se emplean en el Derecho Civil o Mercantil para identificar, encauzar y determinar el alcance de figuras jurídicas novedosas,

de nuevas relaciones jurídicas fruto del principio de la autonomía de la voluntad. Cuando se habla de contratos típicos o atípicos, múltiples, mixtos o de la aparición en la contratación mercantil de nuevas figuras, lo propio es determinar el alcance de esas nuevas relaciones en su propio contenido –de acuerdo con las reglas de interpretación– o acudir a la analogía; habrá límites a esa autonomía, pero... no se renuncia a acuñar una nueva figura... por el prurito de insertarla en otra ya preexistente. Como se dice algo parecido ocurre –si bien con más intensidad pues se trata del acceso a un estado civil– con las uniones homosexuales y el matrimonio: por razones de justicia material podrá avanzarse en el trato jurídico análogo, pero no convertir en matrimonio una relación que no se identifica con él...”.

Finalmente, la ley 13/2005 –que de ella se trata–, vino a definir la polémica en sentido inverso por mediación del Congreso de Diputados y con la oposición del Senado. Empero, la doctrina apunta que esa norma no ha zanjado los inconvenientes suscitados en planos tales como el reagrupamiento familiar intracomunitario, que dio lugar a fallos contradictorios de distintas autonomías, impulsando la reforma del Real Decreto N° 178/2003.

1.4.– Francia: La ley 99-944 del 15/11/1999, incorporó al Libro I del Código Civil, un nuevo título (el XII), que rige el concubinato sin distinción de orientación sexual, y el llamado pacto civil de solidaridad (PACS).

Los autores percibieron que esta última figura, se situaba más bien en el ámbito del derecho de las obligaciones, concediendo una precaria indivisión y tomando algunos efectos del matrimonio a nivel alimentario o de ciertas deudas, pero no en cuanto al estado civil, la filiación y la autoridad parental. Conllevaba, asimismo, ventajas fiscales y sociales asignadas a los esposos o concubinos.

La reforma introducida por la ley 2006-728 –aunque sin identificarlos– acercó más el contenido del PACS al matrimonio, pues en el convenio –que se anota marginalmente en la partida de nacimiento– las partes se comprometen, además de la asistencia material y moral, a la cohabitación (art. 515-4). Esta reforma, parece enrolarse en la corriente que propicia el establecimiento de un régimen jurídico básico para la pareja, aunque respetando ciertas especificidades, así como la autonomía del matrimonio, el concubinato y el pacto.

Dentro de ese marco legal, en un reciente caso, ambas instancias judiciales de Burdeos coincidieron en hacer lugar a la demanda promovida por la Fiscalía, anulando las nupcias celebradas entre dos hombres, ante el alcalde de *Bégles (Gironde)*; 5 de junio de 2004). Con fecha 13 de marzo de 2007, la Corte de Casación –por su primera Sala civil–, confirmó ese temperamento indicando que, según la ley francesa, el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer; criterio que no es contrastado por ninguna de las disposiciones de la Convención Europea de los Derechos del Hombre ni de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

1.5.– Países Bajos: Sabemos que Holanda fue el primer país en admitir legislativamente el matrimonio homosexual (2001). Años antes (1979), encontramos entre los antecedentes, regulaciones de aspectos puntuales de la convivencia homosexual; y luego (1993), aparece el contrato de vida en común, que rige las relaciones entre las partes. En 1998, se estructura la pareja registrada, indiferentemente del sexo de sus componentes, y con efectos similares al matrimonio (que se extienden en 2002, respecto de la prole).

En el memorando emitido por el gobierno neerlandés con motivo de la ley de libertad matrimonial (*Wet Openstelling Huwelijk*), la directiva de antidiscriminación contenida en el art. 1º de la Constitución (que, entre los derechos fundamentales, no incluye el derecho a contraer matrimonio [Título I; artículos 1 a 23]), es tomada en la condición de fuente de inspiración, puesto que se deja ver que ese principio, no impone la instauración del matrimonio entre personas de igual sexo (v. Coby de Graaf: “Decisión igualitaria para parejas homosexuales bajo la ley de los Países Bajos”, *Revista de Derecho Comparado* N° 4 pág. 46).

1.6.– Reino Unido: Como se anticipó, allí se ha diseñado un régimen de partenariado con efectos similares al matrimonio, pero se mantienen los estatutos autónomos (*Civil Partnership Act* del 30/3/2004, en vigencia desde el 5/12/2005).

El matrimonio es definido desde antiguo como la unión voluntaria de un hombre y una mujer, con exclusión de cualquier otro (Lord Penzance en “*Hyde v. Hyde*” –1868–; *Law Reports 1 Probate and Divorce* 130, 133). La Sección 11 de la *Matrimonial Causes Act* (1973), otorgará efectos legales a la previsión del *common-law*, en cuanto a que el matrimonio es nulo *ab initio* si las partes no son, respectivamente, varón y mujer.

La jurisprudencia estudiada (División de Familia de la Alta Corte de Inglaterra y Gales, y Alta Corte de Irlanda), va en este mismo sentido, al tiempo que defiende al legislador los eventuales cambios del criterio tradicionalmente admitido (“*Wilkinson v. Kitzinger & Ors*” [EWHC 2022 – Fam.– 31/7/2006]; “*Zappone & Anor –v– Revenue Commissioners & Ors*” [IEHC 404 – 14/12/2006]; v. asimismo “*J. & C. & E.–A child*” [EWCA Civ 551; case N°: B4/2005/1838, B4/2006/0136], del 15/5/2006).

En su momento, la asunción del connubio como instituto heterosexual se hizo presente, también, en los casos de transexualismo. Pero en este terreno, aparecen dificultades adicionales ya que, de un lado, las cirugías de reasignación se llevan a cabo libremente (con la mera intervención del Departamento de Salud) Y, del otro, el sexo –para los propósitos de un matrimonio válido– ha sido anudado a un parámetro biológico (“*Corbett v. Corbett*” (1971); *Court of Appeal in “R. v. Tan”* [1983 – Queen’s Bench Reports 1053]). Dichas circunstancias han generado varias intervenciones de los tribunales comunitarios, como se ha visto en el punto V (acáps. B y C) del dictamen.

Aunque este no es el tema específico que nos convoca, resulta útil la lectura del caso “*Bellinger v. Bellinger*” (EWCA Civ 1140 [2001], 3 FCR 1), donde la División de Familia –por mayoría– adhirió al precedente “*Corbett*”, y atribuyó al Parlamento –no a la Corte–, la tarea de decidir hasta qué punto es apropiado reconocer que una persona –con un sexo asignado al nacer–, pueda modificar su género a los fines matrimoniales. Paralelamente, el fallo da cuenta de la formación de un grupo de trabajo interdepartamental, que realizó un cuidadoso y completo relevamiento de la condición médica, de las prácticas actuales en otros países, y de la ley inglesa en punto a los preceptos vinculados a la vida de estas personas. La presidente del tribunal, juez Butler-Sloss, se hizo cargo de la evolución operada en Europa occidental –claramente receptada, dijo, por la Corte de Estrasburgo–, e instó a las oficinas gubernamentales a dar pasos concretos para regular la situación, proceso en el que integró la consulta y discusión públicas.

1.7.– Otros países: Hungría prevé en su legislación, diferentes beneficios para las parejas del mismo sexo. Lo mismo acontece con Portugal, cuyo Parlamento –en medio de disensos de diversa índole–, rechazó dos proyectos ingresados en el año 2006 (octubre de 2008).

Letonia reformó su Constitución (año 2005), determinando que el matrimonio sólo puede contraerse por una pareja de ambos sexos. En

el año 2006, el presidente de la República Checa, vetó una iniciativa del parlamento que permitía el matrimonio homosexual.

1.8.– Unión Europea: En el ámbito comunitario, a la labor de sus tribunales –que repasamos en el punto V, acáps. B y C del cuerpo principal del dictamen–, se agrega la de varios organismos, en un proceso de elaboración aún inconcluso.

1.8.A.– El Parlamento europeo, alienta especialmente la eliminación del trato discriminatorio por causa de la orientación sexual, en los siguientes términos:

Ya en su Resolución A-0028/1994 (EC, OJ C 61, 8/2/1994; DOC 28/2/94; Resolución sobre la igualdad de derechos para los homosexuales en la Comunidad), propiciaba elaborar una Directiva –norma obligatoria y uniforme– para armonizar la legislación de la UE en diversas áreas. En lo que ahora interesa (ap. 12), proponía que se pusiese fin “a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas lesbianas o de homosexuales” y que –a través de alguna de esas alternativas– se les garantizase “*los plenos derechos y beneficios del matrimonio*”. La cabal comprensión de los alcances jurídicos de dicha iniciativa, exige saber que la comunicación no tuvo por destinatarios a los Estados miembros, sino a la Comisión. Transcurridos ya quince años, la Directiva sugerida no se ha plasmado.

Entre otros ejemplos, la Resolución del 17 de diciembre de 1998, apoya la postura de los Estados partes que –al margen de las normas sobre el matrimonio civil o religioso– han legislado sobre este tipo de relaciones. Allí impulsa la desaparición de cualquier tipo de discriminación de *gays* y lesbianas, “...en particular en lo que se refiere a la mayoría de edad sexual, los derechos civiles, el derecho al trabajo, los derechos sociales y económicos, etc.”.

La Resolución del 29 de diciembre de 2000, requiere que los contratantes aseguren a las parejas del mismo sexo, la igualdad de derechos con respecto a las parejas y a las familias tradicionales, “...especialmente por lo que se refiere al Derecho fiscal, a los regímenes patrimoniales y a los derechos sociales, entre otros”. Se promueve el reconocimiento de la convivencia registrada de personas del mismo sexo, con los mismos derechos y obligaciones de las parejas registradas heterosexuales; como asimismo, la reflexión en torno al reconocimiento mutuo de las distin-

tas formas de convivencia –matrimoniales y no matrimoniales–, más allá del sexo de los integrantes (v. as. *Resolution on respect for human rights in the European Union* 1998-1999, A5-0050/00, § 57).

Más recientemente (15 de enero de 2003), un nueva Resolución vuelve a instar, por un lado, a los miembros para “...que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio”. Y, por el otro, a la UE para que “...incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto”.

1.8.B.– A su tiempo, el Consejo europeo ha dictado una serie de pautas tendientes al trato igualitario, en facetas específicas que no hacen propiamente al matrimonio. Por ejemplo, las Directivas N° 2000/78/CE [27/11/2000; empleo y ocupación]; N° 2003/86/CE [22/9/2003; reagrupación familiar]; N° 2003/109/CE [25/11/2003; nacionales de terceros países residentes de larga duración]; N° 2004/81/CE [29/4/2004; nacionales de terceros países víctimas de trata de personas o cooperantes con las autoridades competentes en inmigración ilegal]; N° 2004/83/CE [29/4/2004, nacionales de terceros países o apátridas en condición de refugiados o necesitados de otro tipo de protección internacional]; N° 2004/114/CE [13/12/2004; admisión de los nacionales de terceros países para realizar estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado]; N° 2005/71/CE [12/10/2005; admisión de nacionales de terceros países con propósitos de investigación científica] (v. sent. Tribunal Constitucional español N° 41/2006, Sala Segunda [13/2/2006]).

1.8.C.– En la Decisión 1687/2003/JMA del 10/3/2005, ante la no expedición por parte del Estado español de un visado de reagrupación familiar, en favor de uno de los integrantes de una pareja del mismo sexo, el Defensor del Pueblo observó que el principio de no discriminación por motivos – entre otros–, de orientación sexual, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario consagrado en el Tratado de la Comunidad Europea, y en la Carta de los Derechos Fundamentales; no obstante lo cual, la aplicación no es universal, sino que está sujeta a que se plantee “...dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad...” (art. 13 TCE) o “...únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión” (arts. 20, 21 y 51 de la CDF).

En tal virtud, estimó razonable el rechazo de la denuncia por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas, basado en que el problema no entra en el ámbito del Derecho comunitario, en su actual fase de desarrollo.

1.8.D.— Precisamente, el tema de la reagrupación de las parejas del mismo sexo dentro del territorio comunitario, es un ítem que denota abiertamente las dificultades que afronta la UE en la búsqueda de un consenso conceptual y práctico.

El informe del Consejo del Poder Judicial español citado en el cap. 1.3. de este Anexo, da cuenta de los interrogantes planteados a su alrededor: “...Como se sabe, [relató, refiriéndose a “*D. y Reino de Suecia*” –v. punto V acáp. B del cuerpo principal de mi dictamen–] tal cuestión se ha suscitado respecto del estatuto de los funcionarios comunitarios, lo que ha dado lugar a una Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2001. En ella sostiene, frente al alegato del interesado de que corresponde al Derecho interno suministrar la definición de matrimonio, que el concepto de matrimonio es autónomo y que conforme a la definición admitida en general en los Estados miembros, designa una unión entre personas de distinto sexo...”.

“...Tal declaración suscitó una serie de preguntas del Parlamento al Consejo y a la Comisión a propósito de la incidencia de las normas holandesa y belga –que ... ya han regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo–, respondiendo el Consejo el 17 de diciembre de 2001, que *«considera que la adopción en los Países bajos de una ley que autoriza un matrimonio civil entre personas del mismo sexo no conlleva que se ponga en entredicho esta definición del concepto de matrimonio con arreglo al estado, determinada atendiéndose a la situación actual de todas las legislaciones nacionales, dado que los Países Bajos (...) es el único Estado miembro que ha obrado de esta manera»*... A partir de tal premisa la alusión al hombre y la mujer tiene pleno sentido y se explica desde el significado propio del término matrimonio como unión entre hombre y mujer...”.

A propósito de la aplicación de los Reglamentos N° 1347/00 y N° 1612/68, la Comisión tuvo oportunidad de expresar algunas ideas en torno a la noción de matrimonio, oportunidad en la que opinó que “[c]omo confirma jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia... no hay disposiciones de Derecho comunitario como tal que definan los conceptos de cónyuge ni de matrimonio. Así pues... el Tribunal ha

sostenido que cuando tales conceptos aparezcan en los instrumentos legislativos destinados a surtir efectos en toda la Comunidad, la interpretación debe tener en cuenta la situación en todos los Estados miembros y no solamente en uno de ellos. Además, cuando se haga referencia a los progresos sociales y jurídicos para justificar la interpretación dinámica de tales términos, el Tribunal de Justicia ha dicho que tales progresos deben ser visibles en toda la Comunidad... Aunque no pueda excluirse que el Reglamento [N° 1347/2000] se aplique a los procedimientos de divorcio de una pareja del mismo sexo, esto no implica la obligación de que los tribunales pronuncien o reconozcan el divorcio ni reconozcan el matrimonio... De acuerdo con la jurisprudencia mencionada, la legislación neerlandesa, aun surtiendo efectos en territorio de los Países Bajos, no produce la consecuencia de ampliar el concepto de cónyuge según el artículo 10 del Reglamento N° 1612/68 ni de imponer a otros Estados miembros una definición ampliada de cónyuge” (pregunta escrita E-3261/01 de *Joke Swiebel* [PSE]; 12/3/2002, Diario UE 6/2/03 N° 2).

En su momento, el Parlamento Europeo presentó una enmienda al proyecto de la Directiva 2004/38, en la que aquella noción adquiriría en cierto grado, contorno autónomo respecto del género (“independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional”). También sugirió que se consagrara el derecho de reagrupación familiar de la pareja registrada o de hecho, si la legislación del Estado de origen o de recepción, tratase a dichas parejas de manera equivalente al matrimonio (*rapporteur* Giacomo Santini, A5-0009/2003 enmiendas 14, 15 y 16). Estas correcciones no fueron aceptadas, sobre la base de que la armonización de las condiciones de residencia de los ciudadanos de la UE en Estados miembros de los que no sean nacionales, no puede imponer a otros integrantes modificaciones que afecten al Derecho de Familia, materia en la cual la Comunidad carece de competencia. La Comisión se negó también a introducir la referencia explícita al cónyuge del mismo sexo, aduciendo que, por el momento, sólo dos Estados partes contemplaban en su legislación ese tipo de nupcias. Se recostó, además, en el caso “*D. vs. Reino de Suecia*” donde el TJCE asumió que el término matrimonio –según la definición admitida en general por los Estados miembros–, designa una unión entre dos personas de distinto sexo. También declaró que una interpretación de conceptos jurídicos apoyada en la evolución de la sociedad, destinada a producir consecuencias en todos los países contratantes, debe hacerse mediante un examen de la situación de conjunto de la Comunidad –caso *Reed*–

(Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM {2003} 199, p. 11]).

2º) América (*common law*)

2.1.- Canadá: En este país, hasta hace pocos años la ley mantuvo y reafirmó mediante una norma específica el principio heterosexual (v. casos “*North v. Matheson*”, “*Corbett v. Ashley*”, “*Layland v. Ontario*”, “*EGALE v. Attorney Generale British Columbia*”).

En efecto, el concepto canadiense de matrimonio deviene del *common law*, según el fallo ya referido de Lord Penzance en “*Hyde v. Hyde and Woodmansee*” (1866; L.R. 1 P. & D. 130 at 133): “Yo concibo que [el] matrimonio, como es entendido en la cristiandad, ... puede ser definido como la unión voluntaria ... de un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás” (asimismo fallo U.K. *in re “Corbett v. Corbett*, [1970] 2 All E.R. 33).

En 1999, la Suprema Corte *in re “M. v. H.”*, juzgó discriminatoria la inexistencia de derechos alimentarios entre los miembros de las parejas homosexuales, por lo que emplazó al gobierno por seis meses en orden a corregir la legislación (2 S.C.R. 3, 46 R.F.L. [4th] 32). Se dictó entonces la llamada *Modernization of Benefits and Obligations Act* (S.C. 2000), por la que se extendieron los derechos y obligaciones propios del matrimonio a las parejas no casadas que cohabitaban *more uxorio* por un período de un año como mínimo, sin importar la orientación sexual de sus componentes. La ley aclaró que sus disposiciones no alteraban el significado de la palabra “matrimonio” como unión legal de un hombre y una mujer con exclusión de todos los demás (c. 12, s. 1.1).

Posteriormente, el Parlamento rechazó la propuesta de modificación del criterio imperante, cambio que finalmente vino a consagrarse, en julio de 2005, a través de la Ley de Matrimonio Civil C-38. “Esta promulgación –dice el extracto legislativo oficial–, en el espíritu de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades y de los valores de tolerancia, respeto e igualdad, amplía a las parejas del mismo sexo la capacidad legal para el matrimonio a los fines civiles. También hace enmiendas consecuentes en otras leyes para asegurar la igualdad de acceso de las parejas del mismo sexo a los efectos civiles del matrimonio

y del divorcio”. La nueva norma, reformula la noción de matrimonio a nivel federal, ampliándola en el plano del derecho civil a “la unión legítima entre dos personas con exclusión de toda otra persona”.

Bien puede afirmarse que esta reforma se gestó a partir de resoluciones judiciales dictadas en Ontario, Columbia Británica y Quebec, estableciendo la incompatibilidad entre la ley fundamental y la normativa federal, que estructuraba al matrimonio como la unión entre dos personas de diferente sexo. En este sentido, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades no regula taxativamente el derecho a contraer matrimonio, por lo que su abordaje constitucional se planteó en derredor de la prohibición de discriminación y la libertad de conciencia, de religión y creencias (arts. 2 y 15; ver “*M. M. v. J. H.*” [Court file 04-FP-297613-FIS del 13/9/2004]; “*Hendricks v. Quebec [Attorney General]*”, año 2002, J.Q. No. 3816 [S.C.]; “*Halpern v. Canada –Attorney General–*” [Ont. Ct. App.; 225 D.L.R. –4th– 529, del 10/6/2003]; “*EGALE Canada, Inc. v. Canada*” [B.C. Ct. App. 2003; 225 D.L.R. –4th– 472]; v. comentario a estos últimos dos fallos en: Monte Neil Stewart, “*Judicial Redefinition of Marriage*” [21 Can. J. Fam. L. 13, 132, año 2004], donde se apunta que, al avanzar como lo hicieron sobre el concepto de matrimonio, los jueces han excedido su ministerio [cit. Corte de Apelaciones de Indiana en el caso “*Morrison*”, v. cap. 2.2.F acáp. b)].

Una aproximación al modo en que esa última tendencia jurisprudencial encaró las dificultades que presenta la problemática, puede verse en “*Halpern*”, que versó sobre la no expedición de licencias matrimoniales por parte de la ciudad de Toronto y la negativa a registrar matrimonios entre parejas del mismo sexo celebrados en sede religiosa (Court File N° 684/00 [First Action], Court File N° 39/2001 [Second Action]). Allí, la Corte de División (12/7/2002), partió de la necesidad de efectuar una profunda investigación en la institución del matrimonio, de ribetes históricos y sociológicos; y, en conexión con ello, de examinar el complejo y altamente delicado tema de la concepción nacional acerca de la igualdad y de la imparcialidad. Previo recorrido por jurisprudencia y legislación nacional e internacional, sus integrantes estuvieron contestes en que la definición del *common law* infringe la cláusula de igualdad [s. 15.1 de la Carta], no así otros derechos invocados, como la libertad de expresión, de asociación y religiosa. En cambio, discreparon sobre el remedio adecuado. En efecto, el juez Smith determinó que era el Parlamento el que debía brindar ese remedio, para lo cual le fijó un plazo de dos años. El juez LaForme, votó en favor de que la

propia Corte estableciera una inmediata enmienda de la definición legal, sustituyendo las palabras “una mujer y un hombre” por “dos personas”. Y el juez Blair adoptó una postura ecléctica, encargando la modificación al legislador por el término de dos años, vencido el cual regiría inmediatamente la reformulación judicial. Esta última solución es la que prevaleció en la sentencia.

En la apelación, el Procurador General de Canadá sostuvo que el matrimonio, como institución, no produce una distinción entre parejas de sexo opuesto o igual. La palabra “matrimonio” es un descriptor para connotar un lazo único, entendido de igual manera a través de diferentes épocas, culturas y religiones como una virtual norma general. El matrimonio, dijo, no es un concepto del *common law*, sino una institución histórica universal anterior al marco legal canadiense, que sólo ha captado la definición para conectar beneficios y obligaciones a la relación marital; con lo cual, no es la definición de matrimonio en sí la fuente del tratamiento diferencial. Por lo demás, desde la promulgación de la *Modernization of Benefits and Obligations Act*, las parejas del mismo sexo reciben sustancialmente los mismos beneficios de la ley federal. Planteó, incluso, si el cambio propuesto requería una enmienda constitucional o si podía llevarse a cabo a través del Parlamento o del Poder Judicial.

La Corte de Apelaciones de Ontario (10/6/2003) decidió unánimemente que: a) en el *common law* la definición de matrimonio vigente es “la unión voluntaria... de un hombre y una mujer con exclusión de cualquier otro”; b) los jueces tienen jurisdicción para alterar dicha definición; c) ella infringe el derecho a la igualdad, sobre la base de la orientación sexual; d) esta violación no puede justificarse en una sociedad democrática y libre, bajo la Sección Primera de la Carta de Derechos. Para remediar ese agravio de los derechos constitucionales, declararon inválida, con efecto inmediato, aquella noción en cuanto refiere a “un hombre y una mujer” y la reformularon como “la unión voluntaria... de dos personas con exclusión de cualquier otra”. Asimismo, ordenaron al Secretario de la ciudad de Toronto que extendiese las pertinentes licencias matrimoniales; y, al Registro General de la provincia, que anotase los certificados matrimoniales de dos de las parejas actoras, que habían celebrado sendas nupcias religiosas.

Llegado el momento del cambio legislativo, el Gobernador General sometió el proyecto en consulta ante la Corte Suprema, que –en el

punto de nuestro interés— profundizó la doctrina sentada *in re* “*Egan v. Canadá*” (año 1995). En este fallo, la mayoría había dicho que la restricción heterosexual del Acta de Seguridad era discriminatoria en función de la orientación sexual, pero que no se trataba de una discriminación arbitraria, a la luz de la Sección Primera (2 S.C.R. 513 at 528; año 1995). En ese entonces, el tribunal estableció que la preferencia sexual es —conforme al criterio jurisprudencial evaluativo de la cláusula de igualdad de la Carta de Derechos—, una situación análoga a las enumeradas por esa norma fundamental, poniendo de relieve que dicha orientación comporta una “...característica personal tan profunda que es también inamovible o modificable sólo a través de inaceptables costos personales”.

Al evacuar el requerimiento ejecutivo (2004 – S.C.C. N° 79, *file* N° 29866, del 9/12/2004), la Suprema Corte adujo que, siendo Canadá una comunidad pluralista, ya no se estaba hablando —como sucedió en “*Hyde v. Hyde*”— a una sociedad que compartiera valores donde matrimonio y religión fueran pensados como inseparables. El matrimonio —afirmó—, desde la perspectiva del Estado, es una institución civil. Juzgó que los razonamientos que parten de conceptos estáticos contrarían uno de los principios angulares de la hermenéutica constitucional canadiense; esto es, que la Constitución es un árbol viviente que, mediante una interpretación progresiva, se ajusta y sitúa en la realidad de la vida moderna. En tal sentido, consideró que el significado de la figura en pugna no está constitucionalmente fijado tal como era entendido en 1867.

Desestimó los argumentos que le fueron expuestos sobre: a) que el matrimonio es una institución prejurídica que no puede ser modificada sustancialmente por la ley; b) que ni siquiera la interpretación progresiva de la cláusula 91(26) puede alcanzar al matrimonio del mismo sexo, desde que éste cae fuera de los límites naturales; y c) que, en esta instancia, la intención de los constituyentes debe ser decisiva. Dejó a resguardo la libertad religiosa de los ministros de culto, en cuanto no pueden ser compelidos a celebrar tales ceremonias.

2.2.— Estados Unidos: Habida cuenta de la amplitud de la actividad parlamentaria y judicial desarrollada alrededor del tema en ese país, primeramente presentaré un extracto del panorama legislativo y jurisprudencial, para detenerme luego en la experiencia de algunos de sus Estados —con especial referencia al criterio de sus más altos

tribunales—, por ser largamente demostrativos tanto de la índole controverial del tópico, como de las ideas fuerza en las que se sustenta el debate.

2.2.A.— Según lo remarcan varios de los fallos que se citarán seguidamente, en sintonía con las pautas propias del *common law*, la unión legal entre un hombre y una mujer, ha connotado al matrimonio desde el dictado mismo de la Constitución. De esta definición se han hecho eco pacíficamente hasta nuestros días, la ley federal y las normas estatales.

En esa línea, el 12 de julio de 1996, la Cámara de Representantes aprobó con el apoyo del Senado, la Ley de Defensa del Matrimonio (*Defense of Marriage Act*, conocida como D.O.M.A.; Pub. L. N° 104-199, 110 Stat. 2419 [1996]). Allí se fijó un significado unívoco para los vocablos ‘matrimonio’ y ‘espos/a’, al prescribir: “...[e]n la determinación del sentido de cualquier Ley del Congreso o de cualquier decisión, regulación, o interpretación de las distintas oficinas y agencias de los Estados Unidos, la palabra ‘matrimonio’ sólo indica la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa, y la palabra ‘cónyuge’ refiere exclusivamente a la persona del sexo opuesto...”. De tal manera, el eventual matrimonio homosexual implementado por cualquier miembro de la Unión, no es reconocido por el gobierno federal en orden a la aplicación de leyes de esa índole. Asimismo, más allá de las potestades constitucionales de los Estados, la administración central los autoriza expresamente para desconocer cualquier acto en contrario emanado de sus pares (28 USC parágrafo 1738C).

Paralelamente, los Estados conservan la facultad legislativa, de la que han hecho uso casi todos ellos —a través de reformas estatutarias o constitucionales, precedidas generalmente por consultas ciudadanas—, prohibiendo tal reconocimiento y reafirmando el contenido heterosexual del instituto, con amplias mayorías (—1— Alabama Const. of 1901, *Amendment* 774; Ala. *Code* §30-1-19 [v. opinión en favor del Fiscal General: “*Marriages-Marriage Licences*”, Ala. Op. Att’y Gen. N° 129, 20/4/2000]. —2— Alaska Const. art. I, §25; Alaska *Marriage Code* AS 25.025.011 (a) y 25.025.013. —3— Arkansas Const. de 1874, *Amendment* 83; Ark. *Code Ann.* §9-11-208[b], §9-11-208[c] y §9-11-207. —4— Arizona Rev. Stat. §25-101 y §25-112. —5— California *Family Code* §308-5. —6— Connecticut Gen. Stat. Ann. §45a-727a. —7— Colorado Const. art. II; Col. Rev. Stat. §14-2-104. —8— Delaware *Code Ann.*

§101. –9– Florida Stat. §741.04 y §741.212. –10– Georgia Const. art. I, §4; Georgia *Code Ann.* §19-3.3.1. –11– Hawai Const. art. I, §23; Haw. Rev. Stat. §572-1, §572-1.6, §572.C-1 y §572.C-7. –12– Idaho Const. art. III, §28; Idaho *Code* §32-209. –13– Illinois Comp. Stat. 5/201, 5/212 y 5/213.1. –14– Indiana *Code Ann.* §31-11-1-1. –15– Iowa *Code* §595 [según reportes periodísticos, en el mes de marzo pmo.pdo. el senador Matt McCoy habría introducido en la Asamblea General un proyecto para reemplazar las locuciones “marido” y “mujer” por la voz “cónyuge”, tornando así a la ley civil neutral en cuanto al género]. –16– Kansas Const. art. XV, §16; Kan. Stat. Ann. §23-101(a) y §23-115. –17– Kentucky Const. §233A; Ky. Rev. Stat. Ann. §402.005, §402.20, §402.040 y §402.045 [se establece que “un estatus legal idéntico o sustancialmente similar al del matrimonio no será válido ni reconocido”]. –18– Louisiana Const. art. XII, §15. Código Civil de Louisiana Ann. arts. 96 y 3520 (B). –19– Maine Rev. Stat. Ann. Tit. 19, §701. –20– Maryland *Code Ann.* [Family Law] §2-201. –21– Michigan Const. art I, §25; Mich. *Comp. Laws* §551.1 y §551.271. –22– Minnesota Stat. §517.03 y §518.01. –23– Mississippi Const. art. XIV, §263 A; Miss. *Code Ann.* §93-1-1.3. –24– Missouri Const. art. I, §23; Mo. Rev. Stat. §451.022. –25– Montana Const. art. XIII, §7; Mont. *Code Ann.* §40-1-103 y §40-1-401; –26–; Nevada Const. art. I, §21; N.R.S. §122.00.1. –27– Nebraska Const. art. I, §29; Neb. Rev. Stat. §42-100. –28– North Dakota Const. art. XV, §28; N.D. Cent. *Code* §14-03-01 y §14-03-08. –29– New Hampshire Rev. Stat. Ann. §457.1, §457.2, §457.3 y §457.43. –30– North Carolina. Gen. Stat. §51-1-2. –31– Ohio Const. art. XV, §11; Ohio Rev. *Code Ann.* §3101.01-c-3, enmienda que determina: “el reconocimiento o extensión por el estado de los específicos beneficios legales del matrimonio a las relaciones no matrimoniales entre personas del mismo o diferente sexo, es contraria a la robusta política pública de este Estado”. –32– Oklahoma Const. art. II, §35; Okla. Stat. Tit. 43, §3.1. –33– Oregon Const. art. XV, §5a; Or. Rev. Stat. §106.010. –34– Pennsylvania 23 Pa. Cons. Stat. §1704. –35– South Carolina Const. art. XVII, §15; S.C. *Code Ann.* §20-1-15. –36– South Dakota Const. art. XXI, §9; S.D. *Codified Laws* §25 – 38 y §25-1-1. –37– Tennessee Const. art. XI, §18; Tenn. *Code Ann.* §36-3-113. –38– Texas Const. art. I, §32; Tex. *Family Code* §2.001 y §6.204. –39– Virginia Const. art. I, §15-A; 15 Va. *Code Ann.* §8, §20-45.2 y §20-45.3. –40– West Virginia, W. Va. *Code* §48-2-603. –41– Utah Const. art. I, § 29; Utah *Code Ann.* §30-1-4.1. –42– Vermont Stat. Ann. Tit. 15, §1201(4) y §23. –43– Washington Rev. *Code Wash.* §26.04.010 [1], §26.04.020[1] [c] y §26.04.020[3]. –44– Wisconsin Const. art. XIII, §13.

–45– Wyoming Stat. Ann. §20-1-101 {v. Apéndice A, en “*Andersen v. King County*” [Nº 75934-1, 75956-1, Suprema Corte de Washington, 26/7/2006, 138 P.3d. 963 –Wash. 2006– p 1011]; Ian Curry-Summer: “*Is the union civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA*”, Utrecht Law Review, Universidad de Utrecht, Holanda}).

En síntesis, treinta y nueve Estados modificaron la ley para consagrar taxativamente el matrimonio de sexos opuestos (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Hawái, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, New Hampshire, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin y Wyoming), sumando un total de cuarenta y uno, desde que tres de ellos contaban con definiciones anteriores a 1996. Treinta, autorizaron enmiendas del mismo tipo en sus Constituciones (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Georgia, Hawái, Idaho, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin).

En 2008, pasaron las enmiendas constitucionales sometidas a votación popular en California, Florida, y Arizona; y el 3/2/2009, en medio de un pronunciado debate público, el Comité Judicial de la Casa de Representantes de Wyoming, aprobó una resolución proponiendo que su norma fundamental, contemple expresamente la heterosexualidad del matrimonio.

Sólo cinco circunscripciones carecen de prohibiciones específicas (Massachusetts, Nueva Jersey, Nuevo México, Nueva York y Rhode Island).

Con todo, la polémica entablada continúa con gran vigor. Así, en Illinois, (750 III Comp. Stat. Ann. 5/201 [Thomson/West 2004]), en los últimos tiempos, la Legislatura ha recibido iniciativas de signo diverso [v.gr.: S.B. 0008, 95th Congr. –2007–; H.B. 1615, 95th Congr. –2007–]. La más reciente que hemos detectado (15 de febrero de 2008), fue presentada al Senado local por la agrupación *Illinois Religious Freedom Protection and Civil Union Bill*, y prevé la unión civil de pa-

rejas, sin distinción de sexo (Senate, S.B. 2436, 95th Congr.2008), en términos similares a la que ingresó en el año 2007 (H.B. 1826, 95th Congr. –2007). La nota de elevación del proyecto individualizado como *LRB09508126AJO31768b*95TH GENERAL ASSEMBLY State of Illinois 2007 y 2008 HB1615 (introducido 22/2/2007, por Rep. Greg Harris – Sara Feigenholtz – Constance A. Howard – Harry Osterman), asegura que las parejas homosexuales están privadas del acceso a los beneficios del matrimonio y que la actual ley es discriminatoria, sin que exista ningún interés relevante o bases racionales para vedarles esas concesiones. Indica que la segregación de las parejas de igual sexo, está basada, en gran medida, en la perpetuación de estereotipos de género sobre los roles de los hombres y mujeres en la familia y la sociedad; y avanza proponiendo la modificación del texto vigente en el sentido de que el matrimonio tiene lugar entre dos personas (en vez de entre hombre y mujer). Proclama que la exclusión “...perjudica a las parejas homosexuales y a sus familias, al denegarles el único reconocimiento público y la validación que confiere el matrimonio... Illinois tiene un sólido interés en promover familias estables y duraderas, incluidas las encabezadas por una pareja del mismo sexo. Los beneficios que resultan a la comunidad en general cuando las parejas acometen las mutuas obligaciones del matrimonio, se producen independientemente del género u orientación sexual de los consortes. A despecho de la sostenida discriminación social y económica, muchos *gay* y lesbianas residentes de Illinois han conformado relaciones duraderas, comprometidas, afectuosas y de buena fe con personas del mismo sexo. Estas parejas comparten juntas sus vidas y participan juntas en sus comunidades, y muchas crían a sus niños y velan por otros miembros de la familia dependientes...”. Por otro lado, en el mes de marzo pasado, el Procurador General de California consideró una propuesta de iniciativa que eliminaría el matrimonio como figura legal, reemplazándolo por la de “*domestic partnerships*”, de modo que aquél quedaría reducido a la esfera de las instituciones no gubernamentales, religiosas o sociales. En acápites posteriores veremos otros ejemplos, que muestran impulsos en uno u otro sentido.

2.2.B.– Aunque tampoco hay consenso generalizado a su respecto, los regímenes de equiparación –como son los registros o planes de parejas domésticas–, tienen amplio grado de recepción en el derecho positivo; coexistiendo con soluciones de tipo contractual (acuerdos de cohabitación u otras figuras de esa índole) y con los actos de última voluntad.

a) Varios Estados cuentan con mecanismos de ese estilo, u ofrecen alguna clase de prestaciones:– 1) *domestic partnerships*, con estatus legal casi idéntico al matrimonio (California, Oregon); o con algunos beneficios (Distrito de Columbia, Hawaii, Maine, Maryland, Washington). 2) *civil unions* (Connecticut, New Hampshire, New Jersey, Vermont). 3) extensión de cobertura social a las parejas de empleados públicos (Vermont [1994], New York [1995], Hawaii [1997], Oregon [1998], California [1999], Connecticut [2000], Maine [2001], Rhode Island [2001], Washington [2001], Distrito de Columbia [2002], Iowa [2003], New Mexico [2003], New Jersey [2004], Montana [2005], Alaska [2006], Illinois [2006] y Arizona [2008]).

b) En cambio, otros Estados han adoptado una postura contraria, como Michigan, cuya reforma proclama que con el objetivo de “...asegurar y preservar los beneficios del matrimonio para nuestra sociedad y para las futuras generaciones de niños, la unión de un hombre y una mujer en matrimonio, será la única reconocida como matrimonio o unión similar para cualquier propósito” (conf. enmienda matrimonial Constitución 1963, art 1, § 25; aprobada por votación mayoritaria el 2/11/2004 y vigente desde el 18/12/2004).

En autos “*National Pride at Work Inc. v. Governor of Michigan*” [274 Mich. App. 147, 732 N.W. 2d 139 –Mich. Ct. App. 2007–], la Corte de Apelaciones entendió que el giro “unión similar” empleado en el estatuto respectivo, impide a cualquier organismo local extender las prerrogativas conyugales –en lo que nos interesa– a las parejas del mismo sexo; criterio que fue mantenido por la Suprema Corte del Estado, en mayoría de cinco votos contra dos [N° 133429; 7/5/2008]).

c) Al igual que en todo el espectro de ítems vinculados a la regulación jurídica de la pareja del mismo sexo, los planteos judiciales en torno a la ampliación de beneficios, se multiplican con el correr del tiempo, con éxito dispar (v. “*Atlanta v. MC Kinney*” –1995–; “*Lilly v. Minneapolis*” –1995–; “*Schaefer v. Denver*” –1998–; “*Burns v. Freer*” –253 Georgia App. 600, 560 S.E. 2a. 47 –Ga. Ct. App. 2002–). A este respecto, resultan ilustrativas las consideraciones y citas hechas en la sentencia dictada en torno a la enmienda que el alcalde de Filadelfia introdujo en el Código local, *inter alia*, para incluir en la noción de “estatus matrimonial” a la situación denominada “*life partners*” (*Commonwealth Court of Pennsylvania in re “William and Nancy Devlin et al v. City of Philadelphia*” [N° 2568 C.D. 2000, del 29/8/2002]).

Una clara muestra la encontramos en el Estado de Nueva York, de donde podemos extraer antecedentes que –si bien no juzgan directamente sobre el *ius connubii*–, contienen conceptos atinentes.

Así, en “*Langan v. St. Vincent’s Hospital of New York*” (25 AD 3d 90 – [2005] 802 NY 2d. 476), ante la muerte de su compañero, el sobreviviente de una unión civil celebrada en Vermont, accionó por mala praxis. En su extensa sentencia del 10 de abril de 2003 (N° 11618/2002), el juez del Condado de Nassau (Hon. John P. Dunne), hizo lugar a lo solicitado. Por el contrario, la Corte de Apelaciones –por mayoría– entendió que la relación de partenariado civil no atribuye legitimación para demandar por daños, en tanto no califica al miembro de la pareja como cónyuge supérstite (v. as. 6 NY2d. 890 [2006]).

El Sr. Langan también inició acciones por los beneficios compensatorios previstos para el cónyuge supérstite del trabajador fallecido (*Worker’s Compensation Law*). El tribunal estimó, por un lado, que el giro “esposo sobreviviente” (esposo legal) al que alude el texto positivo, no comprende a los miembros de una unión civil. Y, por el otro, que la pauta jurisprudencial que rige para el *exequatur* (*doctrine of comity*), no obliga a Nueva York a reconocer todas las consecuencias que otro Estado confiere a las relaciones creadas por él. En orden a la garantía de igualdad, recordó su doctrina anterior en el sentido de que la norma no distingue en virtud de la orientación sexual, sino del estatus legal. Adujo que no es irrazonable pensar que la ley se sancionó, en parte, para alentar y proteger a la tradicional constelación familiar de marido, esposa e hijos, compensando también a la mujer que permaneció en el hogar para criar a la prole; y puntualizó que la constitucionalidad del régimen se presume, sin que el actor la haya desvirtuado. Finalizó diciendo que extender la compensación a toda una nueva clase de beneficiarios, es una decisión que debe hacer la Legislatura, después de una apropiada investigación respecto de la obligación social de proveer tal bonificación, como así, de su impacto financiero (“*Langan v. State Farm Fire & Casualty*” 48 AD 3d 76 [27/12/2007]).

2.2.C.– El comentario que antecede, permite colegir inmediatamente la dimensión de las dificultades que acarrea el reconocimiento de situaciones jurídicas constituídas en otras jurisdicciones respecto de la pareja homosexual; que conforma para los Estados Unidos, un capítulo de gran importancia habida cuenta de su organización política.

Así, el Estado de Michigan –como se adelantó en el cap. 2.2.A–, fue uno de los que introdujo expresas previsiones que vedan el matrimonio homosexual (Michigan Const. art I, §25; Mich. *Comp. Laws* §551.1 y §551.271). Siguiendo el eje enunciado en el cap. 2.2.B acáp. b), el apartado 551 (sec. 1, 3 y 4) de su Compilación Legal reza: “[El m]atrimonio es inherentemente una relación única entre un hombre y una mujer. Como un asunto de política pública, este Estado tiene un especial interés en alentar, apoyar, y proteger esa relación única en orden a promover, entre otros objetivos, la estabilidad y el bienestar de la sociedad y de sus niños. Un matrimonio celebrado entre individuos del mismo sexo es inválido en este estado... Un hombre no podrá casarse con... otro hombre... Una mujer no podrá casarse con... otra mujer”. Más adelante dispone que “...[el] matrimonio es un contrato civil entre un hombre y una mujer, para el cual el consentimiento de las partes legalmente capaces... es esencial. [El] mero [c]onsentimiento no es suficiente para efectuar un matrimonio legal... [El] consentimiento debe seguirse de la obtención de la licencia requerida...”. Asimismo, conforme a la enmienda de 1996 (PA 334 [1939 PA 168, sec. 1], se tienen como válidos los matrimonios regularmente celebrados en otros Estados, con excepción del matrimonio homosexual. En otro apartado (MCL 551.271, sec. 2 de 1939, PA 168, t.o. 1996 PA 334), se establece: “Este Estado reconoce el matrimonio intrínsecamente como una relación única entre un hombre y una mujer... por ende, el matrimonio que no es entre un hombre y una mujer es inválido en este Estado independientemente de si el matrimonio fue contraído de acuerdo con las leyes de otra jurisdicción” (MCL 551.272; v. opiniones del Procurador General N° 7160, del 14/9/04, y 7171, del 16/3/05).

En el Estado de Nueva York pueden verse, entre otros, la Resolución del 5/4/2007; la opinión de la Procuración General [N° 1, 2004-1 – 3/3/2004] y el informe del Departamento Legal de la ciudad de Nueva York del 17/11/2004.

Con específica referencia a las nupcias foráneas entre personas del mismo sexo, y para seguir con el Estado de Nueva York, los desarrollos efectuados allí son ampliamente ejemplificativos. Entre otros pronunciamientos, el 1° de febrero de 2008, en “*Martinez Patricia v. County of Monroe*” (1562 CA 06-02591), la División Apelaciones (4° Departamento), revocó el fallo del juez del Condado de Monroe, Harold L. Galloway (fechado 27/7/2006), por el cual se había desconocido un matrimonio homosexual celebrado en la provincia de Ontario (Canadá), en orden

al goce de los beneficios del sistema de salud, por parte de la consorte de una empleada pública.

El juez Peradotto razonó que, por lo menos durante un siglo, Nueva York ha seguido la regla general de aceptar los matrimonios solemnizados fuera de su ámbito, salvo que cayeran dentro de las dos excepciones posibles, esto es, que el reconocimiento estuviese prohibido por la ley positiva del Estado, o que el matrimonio involucrara incesto o poligamia (alcanzados ambos por la interdicción basada en la ley natural).

Luego de repasar la jurisprudencia en materia de *exequatur* (consid. II), concluyó que el matrimonio de las actoras no entra en esas excepciones pues, por un lado, Nueva York no ha sancionado normas que impidan la recepción de esos actos en el foro local. Y, por el otro, el segundo supuesto ha sido limitado generalmente a la poligamia, el incesto o a nupcias “ofensivas para el sentido público de moralidad en un grado reputado como aversión general” (“*Matter of May*”, 305 NY 486, 493), cosa que –a su juicio– no ocurre en el caso.

Repelió el argumento del Estado, apoyado en “*Hernandez v. Robles*”, en el sentido de que el matrimonio homosexual contraría la política pública de Nueva York. Para hacerlo, estimó que en dicho precedente, no se articuló la cuestión del orden público, estableciéndose –en cambio– que la Constitución no compele a consolidar ceremonias matrimoniales entre personas del mismo sexo dentro del Estado. Llamó la atención acerca de que –contrariamente a lo que hicieron la mayoría de los integrantes de la Unión–, Nueva York no ha optado por sancionar, conforme a la ley federal de Defensa del Matrimonio, ningún estatuto que deniegue la recepción de matrimonios celebrados válidamente en otros Estados. No obstante, recurrió a “*Hernández*” (p 361, 366), para dejar sentado que el lugar para la expresión de la política pública no es el tribunal sino la Legislatura, cuyos integrantes pueden prohibir el reconocimiento; pero, mientras no lo hagan, los jueces deben admitirlo. En definitiva, declaró que el matrimonio homosexual que se contrajo en Canadá, debía recibirse en el foro local, como asimismo, indemnizarse los daños indicados en el considerando IV.

Pocos días después (25/2/08), sobre la base de ese precedente, la juez Laura E. Drager, del Tribunal Superior del Condado de Nueva York, decretó el divorcio de una pareja homosexual casada en Canadá (“*Beth R. v. Donna M.*” N° 350284/07 [19 Misc 3d 724]).

El 22 de enero de 2009, la División de Apelaciones (3^{er} Departamento), confirmó la sentencia dictada con fecha 13/3/2008 por el juez McNamara (Condado de Albany) *in re* “*Kenneth J. Lewis et al. v. New York State Department of Civil Service et al.*” (N° 504900). La demanda fue entablada por un contribuyente, ante la inclusión de los esposos de empleados estatales del mismo sexo en el Programa de Seguro de Salud del Estado de Nueva York. Se planteó allí que dar efecto a esos matrimonios, es ilegal e inconstitucional, y redundará en un ilegítimo desembolso de los fondos públicos.

Como en el caso “*Martínez*”, el 3^{er} Departamento se atuvo estrictamente a la regla según la cual deben aceptarse las nupcias consideradas válidas en el lugar donde fueron solemnizadas. Por ese medio –dijo– en el pasado se registraron matrimonios que no calificaban como tales, si hubiesen sido celebrados en Nueva York (segundos matrimonios sin divorcio vincular, matrimonios incestuosos o de personas que no tenían la edad legal para prestar el consentimiento, etc.).

Observó que los máximos tribunales de los Estados vecinos de Connecticut y Massachusetts han remodelado el concepto de matrimonio y que la Legislatura local tiene la posibilidad de hacer lo mismo, por lo cual –más allá de que en Nueva York el instituto está diseñado como heterosexual–, debe aplicarse la pauta vigente en materia de esponsales foráneos, a los fines de extender a las parejas homosexuales los beneficios propios de los cónyuges.

Adujo que, como lo ha advertido la Corte de Apelaciones, donde la Ley de Relaciones Domésticas no declare expresamente nulo un cierto tipo de matrimonio solemnizado fuera de Nueva York, ello no puede hacerse mediante una construcción judicial.

Dejó dicho que su *holding* no implica restringir la potestad que tiene el legislador de impedir el reconocimiento en el futuro; y aclaró –con referencia al voto concurrente– que lo resuelto no altera las previsiones legales, sino que se limita a aplicar la secular jurisprudencia sobre *exequatur*. En ese mismo sentido, hizo notar que, a falta de redefinición legislativa, los términos “esposo legal” que emplea el estatuto específico no pueden ser razonablemente interpretados como inclusivos de los compañeros del mismo sexo; por lo que darles otro alcance, comportaría una intrusión impropia en el dominio del legislador.

Por su lado, el juez Latineen (con la concurrencia del juez Malone Jr.), anotó que, por más de una década, los empleados públicos estu-

vieron en condiciones de afiliar al seguro de salud a sus parejas del mismo sexo. De ello extrajo que el efecto práctico buscado en el juicio, podía lograrse por esa vía. Con cita de “*Hernández v. Robles*” expresó allí que “[l]a Legislatura es el cuerpo gubernamental mejor calificado para tratar la problemática emergente comprensiva y convincentemente... [nota Recientemente todos los otros estados han afrontado este tema a través de normas legislativas o referéndum públicos...]. Por deferencia a ese cuerpo y a la luz de las potenciales implicaciones expansivas de la aproximación que efectuó la mayoría, nosotros decidiremos este caso en forma estricta...”.

Circunstancias y argumentos similares se habían ventilado oportunamente en “*Godfrey v. Hevesi*” (238 índice 5896-06 RJI N° 01-06-086862 [5/9/2007]). En esos autos, ciudadanos y contribuyentes demandaron al Estado de Nueva York, por reconocer matrimonios celebrados en Canadá, a los fines previsionales; criticando la medida por exceder de la competencia del organismo de aplicación, resultar contraria a la política pública local, y derivar en un gasto ilegal. La Corte se apartó del precedente “*Hernandez v. Robles*”, porque el acto invocado no se había perfeccionado dentro del foro newyorquino. Tampoco siguió a “*Langan v. St. Vincent’s Hospital*”, porque éste versaba sobre una unión civil (en el mismo sentido, “*Godfrey v. Spano*” [15 Misc. 3d 809, 836 N.Y.S.2d 813 – 2007]). Por ende, rechazó la demanda.

La directiva impartida por el gobernador, en el sentido de que las oficinas estatales tengan en vigor a los enlaces homosexuales llevados a cabo fuera de su territorio, es objeto de impugnación en “*Matter of Martin Golden v. David A. Paterson*”.

También denota lo complejo de las situaciones que puede generar la diversidad de criterios imperantes, lo acontecido en el Estado de Iowa *in re* “*Alons v. Iowa District Court*”. Allí una pareja del mismo sexo demandó ante el 3^{er} Distrito (*Woodbury County*) la disolución de su enlace, solicitud que progresó, a despecho de que los interesados habían celebrado una unión civil en Vermont (14/11/2003). Como reacción, dos senadores estatales, seis representantes del Estado, un pastor y una organización religiosa, requirieron –a su vez– un *writ of certiorari* para que la decisión fuera anulada. El juez de Distrito revocó parcialmente la resolución, y declaró que –una vez concluida la unión civil de Vermont–, las partes quedaban libres de cualquier obligación derivada, en condición de individuos solteros, con todos los derechos de las personas no casadas. La Suprema Corte del Estado anuló el *writ of*

certiorari, por no considerar legitimados a los recurrentes, más allá de los méritos de su postura de fondo (698 N.W. 2d 858 [2005]).

2.2.D.— Volviendo al tema puntual que nos convoca, cabe señalar que la Suprema Corte federal no se ha expedido de manera franca. En cambio —a través de varios precedentes de los que se han servido los tribunales inferiores, atribuyéndoles alcances diversos—, ha delineado algunas pautas acerca de la libertad de contraer matrimonio y de la naturaleza e implicaciones de ese derecho, así como del tratamiento de ciertos aspectos jurídicos de la homosexualidad.

En “*Murphy v. Ramsey*” (114 U.S. 15, 45 [1885]), esa Corte aludió a “...la unión de por vida de un hombre y una mujer en el sagrado estado del matrimonio como el seguro fundamento de todo lo que es estable y noble en nuestra civilización” (v. asimismo “*Davis Samuel v. Beason*” 133 US 333, 10 S.Ct. 299, L.Ed. 637 [3/2/1890]; y “*Reynolds George v. United States*” 98 U.S. 145, 25 L.Ed. 244 [1978]).

En “*Maynard v. Hill*” (125, U.S. 190, 8 S.Ct. 723, 31 L. Ed. 654; 19/3/1888), caracterizó al matrimonio como “...la más importante relación en la vida... fundamento de la familia y de la sociedad, sin el cual no puede haber civilización ni progreso...” y, citando a tribunales locales, expresó: “...La relación es siempre regulada por el gobierno. Es más que un contrato... Participa más del carácter de una institución regulada y controlada por la autoridad pública, sobre principios de política pública, para el beneficio de la comunidad ... Como tal, no es mas el resultado de un acuerdo privado cuanto una regulación pública. En todo gobierno ilustrado es preeminentemente la base de las instituciones civiles, y por tanto, el objeto del más profundo interés público. Bajo esta luz, el matrimonio es más que un contrato. No es meramente un asunto pecuniario. Es una magna institución pública, que le imprime carácter, por entero, a nuestra política civil”. Esta idea se repite en “*Loving*”, donde se tipificó al matrimonio como una realidad social sujeta al poder de policía estatal.

En “*Meyer v. Nebraska*” (262, U. S. 390, 43 S.Ct. 625, 67 L.Ed. 1042; año 1923), interpretó que el derecho a “casarse, establecer un hogar y educar hijos” hace parte central de la libertad protegida por la cláusula *due process* (cit. *in re “Zablocki”*).

En “*Skinner v. Oklahoma*” (316 U.S. 535, 541, 62 S. Ct. 1110, 1113; Williamson *ex rel* [1942]), calificó a este derecho como fundamental

y dijo que matrimonio y procreación son esenciales para la existencia misma y la supervivencia de la especie. Algunos perciben en este precedente, por un lado, la adhesión de la Corte a la concepción del matrimonio como unión intersexual; y, luego, el reconocimiento de la conexión inescindible entre matrimonio y procreación, en orden a la continuación de la especie (ver, entre otros, “*Baehr v. Lewin*” ap. II B [9] p 56 852–*Pacific Reporter 2d.series*).

En “*Loving v. Virginia*” (388 U.S., 87 S.Ct. p 1817 y ss. [1967]), se controvertió el estatuto que establecía la invalidez automática, sin intervención judicial, de las nupcias entre blancos y negros. En su voto, el presidente Warren entendió que la cláusula *equal protection* requiere que las categorías basadas en situaciones raciales, deban someterse al más estricto escrutinio; y que la restricción de la libertad de casarse sólo por motivos raciales, desconoce el significado central de la respectiva garantía. Por otro lado, se describió a esa facultad como uno de los derechos reconocidos tradicionalmente como personales, vitales y esenciales para la consecución de la felicidad de los hombres libres. En concordancia con ello, el tribunal revocó las decisiones de los jueces locales.

En el caso “*Zablocki v. Redhail*” (434 U.S. 374, 384, 98 S.Ct. 673, 680, 54 L. Ed. 2º 618 [1978]), se debatió la constitucionalidad de la ley de Wisconsin que supeditaba la expedición de licencias matrimoniales, a la inexistencia de obligaciones alimentarias pendientes. La Corte declaró que “...el derecho al matrimonio es parte del derecho fundamental *privacy* implícito en la décimo cuarta enmienda...” y que “...la decisión de casarse y criar al hijo en un esquema familiar tradicional... debe recibir protección equivalente...” “Adujo que “...si el derecho a procrear de la apelante tiene, en el fondo, algún significado, ello implica el derecho a acceder a él dentro de la única relación en la que el Estado de Wisconsin permite que tenga lugar legalmente el intercambio sexual”. De este aserto, hay quienes vuelven a inferir la asunción, por parte de la Corte, de que los derechos a casarse, por un lado, y a procrear y criar niños, por el otro, son un lógico predicado uno del otro (v. “*Baehr*” *loc. cit.*).

En “*Baker v. Nelson*” (291 N.W.2d 185; Minn. 310, 191 [1971]; 409, U.S. 810, 93, S.Ct. 37, 34 L.Ed. 2d.65 [1972]), la Suprema Corte del Estado de Minnesota, había sostenido que la proscripción del matrimonio homosexual no violaba la décimo cuarta enmienda. Rechazaba también el principal argumento actoral, según el cual la doctrina de “*Loving*

v. Virginia”, impone que la licencia matrimonial deba ser otorgada, por entender que dicha doctrina fue sentada sólo en base a la patente discriminación racial implicada. Agregaba que “...tanto en sentido común como en sentido constitucional, hay una clara distinción entre la restricción basada meramente en la raza y la que asienta en la diferencia esencial del sexo”. La apelación fue rechazada *in limine* por la Suprema Corte, por ausencia de una cuestión federal sustancial (“*Baker v. Nelson*”, 409 U.S. 810, 93 S. Ct. 37 [1972]). Más tarde sucedería lo propio con otros casos, por ejemplo, “*Richenberg v. Perry*” (97 F.3d. 256, 260 [8th Cir. 1996], certiorari denegado, 522 U.S. 807, 118 S.Ct. 45, 139 L.Ed.2d. 12 [1997]); y “*Lofton v. Sec’y of Dept. of Children and Family Services*” (358 F.3d. 804, 818 [11th Cir. 2004] certiorari denegado, 543 U.S. 1081, 125 S.Ct. 869, 160 L.Ed.2d 825 [2005]); según se ilustra en 138 P.3d 963 (Wash. 2006) p 997 y 998 (cit. parágrafo 158 y nota 14 del precedente “*Anderson*” que se comentará en el cap. 2.2.I acáp. c).

En “*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*” (505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674 [1992]), la Corte se refirió a las decisiones personales relativas al matrimonio, procreación, contracepción, relaciones familiares, crianza y educación de la prole. Estas materias, dijo, “...involucran las elecciones más íntimas y personales que alguien puede hacer en su vida, elecciones centrales para la dignidad personal y la autonomía, centrales para la libertad protegida por la 14^a enmienda. En el núcleo de la libertad está el derecho de definir el propio concepto de la existencia, del sentido, del universo, y del misterio de la vida humana...”.

El caso “*Romer Governor of Colorado et al v. Evans et al*” (517 U.S. 620, 116 S.Ct. 1620, 134 L.Ed.2d 855 [20/5/1996]), versó sobre la enmienda N° 2 a la Constitución del Estado de Colorado, que prohibía a los integrantes de los tres poderes ejecutar ninguna acción a nivel estatal o municipal, dirigida a resguardar el estatus de las personas en base a sus prácticas, relaciones, conducta u orientación homosexual, lesbiana o bisexual. La Corte desautorizó dicha enmienda, como violatoria de la cláusula *equal protection*, pues encontró que esa previsión había nacido de la animosidad contra la clase afectada —a la que privaba de la posibilidad de protección antidiscriminatoria—, haciendo evidente la inexistencia de un razonable balance con un eventual propósito gubernamental legítimo.

En “*Lawrence v. Texas*” (539 U.S. 558, 156 L.Ed.2d 508 – N° 02-102 p 2472 y ss. [26/6/2003]), donde se ventiló la penalización de relaciones

homosexuales mantenidas en el domicilio privado de uno de los actores, la mayoría decidió apartarse del *holding* del precedente “*Bowers v. Hardwick*” (478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841 [1986]). Para ello, tuvo en cuenta –entre otras cosas–, la desaprobación continua y sustancial de la que fue objeto ese criterio dentro del país, así como los valores compartidos por la civilización actual. Tomó como ejemplo la postura de otras naciones y de la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuanto acometieron acciones positivas para proteger el derecho de mantener relaciones adultas íntimas y consensuales. Sopesó también la gradual desaparición de leyes similares en el país y en el mundo; como asimismo, el dato histórico de su poca aplicación práctica. Entendió que, por las características de la relación (entre adultos, consensuada y privada), no existe ningún interés legítimo estatal que pueda justificar la intromisión en la vida personal de los individuos.

El juez preopinante, Anthony M. Kennedy, puntualizó que tal doctrina no involucra a la cuestión de si el gobierno debe dar formal reconocimiento a cualquier relación entre personas homosexuales (“*Lawrence*”, 539 U.S. at 578, 123 S. Ct. at 2484 [5]).

Por su parte, en su voto concurrente, la Juez Sandra Day O’Connor, dijo que una ley que infama a una clase de personas como criminal, basada solamente en la desaprobación moral del Estado respecto de esa clase y de la conducta asociada a ella, corre en contra de los valores de la Constitución y de la cláusula *equal protection*, bajo cualquier estándar de revisión, por lo que es inconstitucional (pág. 2487). Puso en claro, no obstante, que el hecho de que esta ley –dirigida a la conducta privada y consensual–, sea inconstitucional bajo dicha cláusula, no significa que otras leyes que distinguen entre heterosexuales y homosexuales deban también desautorizarse, en términos del escrutinio sobre bases racionales. Sugirió que un legítimo interés estatal en este tipo de legislación, podría albergarse en la preservación de la institución tradicional del matrimonio (pág. 2488).

En su disidencia (v. esp. p. 601, 604-605), el juez Antonin Scalia explicó que –según el tradicional *test* acuñado por ese tribunal en el campo de los derechos fundamentales–, la práctica homosexual no puede calificarse como tal, pues no está profundamente arraigada en las tradiciones e historia de la Nación y en la conciencia del pueblo. Consideró suficientemente razonable como sustento de la norma impugnada, el interés público en proteger la moralidad, enfatizando que

constantemente la ley se basa en opciones morales. Expuso su preocupación acerca de los alcances que el fallo podría tener en otras leyes que implican valores vinculados a la sexualidad (bigamia, adulterio, matrimonio homosexual, etc.). Hizo mérito del consenso de la mayoría de los ciudadanos en materia de conductas homosexuales, y aseveró que la esencia del sistema democrático impone que esos patrones sean modificados por el pueblo y no por la judicatura.

Por último, el juez Clarence Thomas, se unió al voto del juez Scalia. Agregó que –no obstante su desacuerdo personal con la previsión legal–, los miembros de la Corte carecen de potestades para solucionar el problema de los peticionantes, pues su deber es decidir el caso de acuerdo con la Constitución y la ley, y –en ese rumbo–, no ha encontrado ningún derecho ni libertad a proteger.

2.2.E.– En cuanto a los reclamos judiciales específicos, su inicio se puede ubicar en los años setenta. En esa etapa –extendida casi por tres décadas– los planteos de inconstitucionalidad fueron desechados, reiterándose la idea de que el matrimonio homosexual es imposible por definición; con lo cual, la denegatoria no tendría lugar en función del sexo, sino en razón de la misma naturaleza del matrimonio (“*Baker v. Nelson*” [291 Minn. 310, 312, 191 N.W.2d 185; 1971, cit. en el punto anterior]).

En la temprana sentencia dictada en “*Jones v. Hallahan*” (501 S.W.2d 588 – Ky. 1973), la Suprema Corte de Kentucky, según sus propias palabras, tuvo oportunidad de fijar “...los parámetros legales del matrimonio. En 1973, dos mujeres peticionaron su licencia matrimonial en la oficina del Secretario de la Corte del Condado de Jefferson. Fueron rechazadas y su queja terminó frente a esta máxima corte del estado... En aquella oportunidad, no había definición estatutaria del matrimonio... El Comisionado Vance, hablando por el tribunal unánime, estableció que los estatutos de Kentucky no incluían una definición de matrimonio, por lo cual era preciso definirlo de acuerdo con el ‘uso común’. 501 S.W.2d at 589. En otras palabras, matrimonio fue lo que esta Corte dijo que era. Y esta Corte dijo que el matrimonio tiene que ser entre un hombre y una mujer. Veinticinco años después la legislatura siguió a esa regla con la codificación...” (“*J.N.R. and J.S.R. v. Honorable Joseph O’Reilly, Judge, Jefferson Family Court; and J.G.R., real party iun interest*” [2007-SC-000175-MR; 23/4/2008]; ver KRS 402.020 [1][d]–1998).

En idéntico sentido, el fallo “*Singer v. Hara*” (*Washington Ct.App.*, año 1974; 11 *Wn.App.* 247 –522 P.2d 1187, 1192), dijo que “...el matrimonio existe como una institución protegida legalmente, primordialmente por los valores sociales asociados con la propagación de la raza humana...” (revisión denegada 84, *Wn.2d.* 1008). También adhirieron a esa línea los tribunales intervinientes en “*De Santo v. Barnsley*” [328, *Pa.Super* 181, 476, A.2d. 952; Pennsylvania, año 1984]; y “*Dean v. District Columbia*” [653 A.2d 307, 33; *App. D.C.*, año 1995]).

2.2.F.– Varios años después, esa misma doctrina fue seguida por dos precedentes de gran repercusión. Se trata de los casos “*Standhart*” (Arizona) y “*Morrison*” (Indiana).

a) En el primero de ellos, la División 1 (Departamento E) de la Corte de Apelaciones de Arizona (“*Standhart Harold Donald v. Superior Court of Arizona*” [77 P. 3d 451–*Ariz. App. Div.* 1 2003 – 206 *Ariz.* 276; del 8/10/2003]), estableció por unanimidad que el derecho fundamental a casarse amparado por la Constitución –tanto federal como local–, no comprende el derecho a contraer matrimonio homosexual. Ponderó que –a pesar de haberse desechado muchas de las posturas ancestrales en torno a la homosexualidad–, la posibilidad de celebrar nupcias con la pareja del mismo sexo, no está suficientemente arraigada como para recibir protección constitucional, a nivel de los derechos fundamentales. Juzgó que la ley persigue el legítimo interés estatal de alentar la procreación y la crianza de los niños dentro del ambiente estable históricamente asociado al matrimonio. Consecuentemente, interpretó que la restricción no despoja a los peticionarios de sus derechos constitucionales *due process, privacy e equal protection under law*. Determinó que no es la judicatura sino el pueblo, el que debe decidir si permite el matrimonio homosexual, a través de sus representantes electos o del proceso de iniciativa popular.

El preopinante, juez Timmer, con numerosas citas que ilustran acerca del desarrollo operado en materia de libertad de elección, hizo pie en la premisa aceptada de que la garantía sustancial del debido proceso provee protección jerarquizada a los derechos fundamentales y libertades, contra la interferencia gubernamental (“*Glucksberg*”, 521 *U.S. at 720*, 117 *S.Ct.* 2258). Esos derechos e intereses, dijo, son aquellos “profundamente enraizados en la historia y tradición nacional”, aquellos “implícitos en el concepto de libertad ordenadora”; aquellos que “si son sacrificados, ni la libertad ni la justicia pueden existir” (*id.*

p 720-21, 117 S.Ct. 2258; *Watson*, 198 Ariz. at 51, ¶ 8, 6 P.3d p 755). Usando como indicadores la historia nacional, las tradiciones legales y la costumbre –prosiguió– la Suprema Corte federal ha conferido el estatus de derecho fundamental al derecho de casarse; de donde extrajo que los derechos fundamentales protegidos por la provisión *due process*, son aquellos firmemente imbricados en la historia y tradición estatales, que pueden o no ser compartidos por el resto del país.

Dijo que en “*Lawrence*”, la Suprema Corte sólo había tratado la interferencia gubernamental y la libertad de elección, en orden a las relaciones íntimas y privadas; apuntando que el máximo tribunal no analizó la relación homosexual como si fuese un derecho fundamental, de lo que infirió que tampoco existe un derecho a que el Estado provea un reconocimiento legal a tales uniones. Desestimó el argumento de que la libre selección del consorte –avalada en el caso “*Loving*”–, sea irrestricta, de modo que pueda incluir a un compañero del mismo sexo, aun frente a la constante desaprobación social de tales uniones. Señaló que el precedente “*Loving*” supone que la noción de matrimonio –habitualmente enlazada a la procreación– es una unión forjada entre un hombre y una mujer (388 U.S. at 12, 87 S.Ct. 1817 [“El matrimonio es uno de los ‘derechos básicos del hombre’, fundamental para nuestra existencia misma y nuestra supervivencia”]). Luego, concluyó que –en tanto impulsa el ancestral alcance del derecho fundamental a casarse, garantizando a las parejas interraciales el irrestricto acceso al matrimonio–, “*Loving*” está anclado en el concepto de matrimonio como una unión que involucra a personas de distintos sexos. En contraste con ello, repuso, reconocer el derecho a casarse con alguien del mismo sexo no expandiría el derecho al matrimonio tal como está estructurado, sino que importaría redefinir su significado legal. Desechando el argumento de la evolución histórica y la aceptación internacional, recordó la admonición de la Suprema Corte federal a extremar el cuidado “...en conferir el estatus de un derecho fundamental a los nuevos derechos que se hagan valer, no sea que transformemos la libertad protegida por el debido proceso en una política de las preferencias judiciales, en vez de principios nacidos del debate público y la acción legislativa (*Glucksberg*, 521 U.S. at 720, 117 S.Ct. 2258)”.

Y continuó: “A pesar de que las relaciones homosexuales tienen más apertura y han ganado mayor aceptación social en los últimos años, el matrimonio homosexual no está profundamente enraizado en la historia legal y social... ni está implícito en el concepto de libertad

ordenadora. A despecho de que se han cambiado las actitudes acerca de la homosexualidad y de los atributos de la familia, ningún estado en esta Nación ha sancionado legislación permitiendo matrimonios homosexuales. Por el contrario, el Congreso y la mayoría de los Estados, incluyendo Arizona, han sancionado legislación en los años recientes limitando el matrimonio a las uniones de sexo opuesto...”.

“...Esta Corte no controvierte que la elección de la persona homosexual respecto de su compañero es una íntima e importante decisión. Sin embargo, no todas las decisiones relevantes con resonancia en el plano de la autonomía personal constituyen derechos fundamentales... (Id. at 727-28, 117 S.Ct. 2258 [“*That many of the rights and liberties protected by the Due Process Clause sound in personal autonomy does not warrant the sweeping conclusion that any and all important, intimate, and personal decisions are so protected*”]). El historial del tratamiento legal del matrimonio como una institución que involucra a un hombre y a una mujer, junto con recientes y explícitas reafirmaciones de esta visión, conducen invariablemente a la conclusión de que el derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo no es una libertad fundamental protegida por la garantía *due process*...”.

Respecto de la Constitución de Arizona (año 1910), la Corte reobró sobre su función de dar efectividad a la intención de los constituyentes; y, en esa tarea, no encontró que éstos hayan querido consagrar un derecho al matrimonio entre personas de igual sexo, con la jerarquía de los llamados “*privacy rights*” (“*Marriage at that time was commonly one man and one woman. Dean, 653 A.2d at 315 [citing Black’s Law Dictionary 762, 2d ed.1910]*”).

Recordó que la institución está sujeta al poder de policía y ponderó que la recepción legal de la relación heterosexual como matrimonio –con la correlativa imposición de obligaciones y beneficios– introduce al Estado en la situación, imprimiéndole al compromiso a largo plazo de esos padres potenciales, una impronta única, propia del interés público (“*Moran v. Moran*”, 188 Ariz. 139, 144, 933 P.2d 1207, 1212; App. 1996 [allí se describió al matrimonio como una relación de incumbencia esencial del Estado “porque él es el fundamento de la familia y la sociedad, sin el cual no habría civilización ni progreso”]; “*Soos v. Super. Ct.*”, 182 Ariz. 470, 474, 897 P.2d 1356, 1360; App. 1994, [“matrimonio y procreación son fundamentales para la existencia y supervivencia misma de la raza” – cit. *Skinner*, 316 U.S. p 541, 62 S.Ct. 1110]; “*Jackson*

v. Tangreen”, 199 Ariz. 306, 313, ap. 27, 18 P.3d 100, 107; App.2000 [“se reconoce que el Estado tiene interés legítimo en ‘promover relaciones familiares saludables que habiliten a los niños a convertirse en adultos bien ajustados y responsables’...”]).

Enfaticó que, si bien las parejas del mismo sexo pueden criar niños, es indisputable que las únicas relaciones capaces de generar prole son las heterosexuales; por lo que es razonable que el Estado decida estimular a la diáda de sexo opuesto a contraer matrimonio, para que –asumiendo obligaciones legales y financieras–, presten mejores oportunidades a los hijos. En cambio, atendiendo a su imposibilidad de procrear por sí mismos, el Estado puede –también razonablemente–, asumir que el matrimonio homosexual, comportará un magro aporte al interés público de asegurar la procreación responsable dentro de relaciones comprometidas y estables, posición a la que adhieren también los autores y otros tribunales (“*Adams v. Howerton*”, 486 F.Supp. 1119, 1124-25; C.D.Cal.1980 [aff’d, 673 F.2d 1036, 9° Cir.1982]; “*Singer v. Hara* [11 Wash. App. 247, 259-60, 522 P.2d 1187, 1195]).

Acotó que consagrar un eventual impedimento vinculado con la intención o habilidad generativa concreta en las parejas heterosexuales, obligaría al Estado a investigar esas aristas previo a la expedición de las licencias, con las consecuencias que ello acarrearía en consolidados aspectos constitucionales referidos a la privacidad (*Griswold*, 381 U.S. at 485-86, 85 S.Ct. 1678; *Eisenstadt*, 405 U.S. at 453-54, 92 S.Ct. 1029; *Adams*, 486 F.Supp. at 1124-25); además de la dificultad –si no imposibilidad– que esa tarea de identificación conllevaría. En esa línea, según la jurisprudencia de la Corte Federal –puntualizó– las parejas heterosexuales son titulares de un derecho fundamental al matrimonio, por lo que su restricción no podría justificarse sino por la concurrencia de un interés inaplazable, instrumentado ajustadamente a ese propósito, cosa que no resulta fácilmente imaginable (*Glucksberg*, 521 U.S. at 721, 117 S.Ct. 2258). Por estos motivos, entendió que la cualificación general de las parejas de sexo opuesto, no anula la conexión razonable entre matrimonio heterosexual, procreación y crianza de los hijos.

Aun cuando acordó en que el matrimonio homosexual no inhibe a las parejas heterosexuales de engendrar descendencia, volvió sobre la idea expuesta en su considerando N° 38, acerca de que el Estado carece del mismo interés en oficializar relaciones que son estériles por definición, alternativa que no halló arbitraria o irracional.

Adujo que las eventuales iniquidades respecto de los niños que están a cargo de esas parejas, no empece a la solución adoptada, explicando que el hecho de que puedan trazarse distintos contornos institucionales, es un asunto que no compete a la consideración judicial, sino a la legislativa, en tanto existan motivos plausibles para establecer los límites actuales (*Fed. Communications Comm'n v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 313-14, 315-16, 113 S.Ct. 2096, 124 L.Ed.2d 211 –1993–).

b) El Código de Indiana (Sección 31-11-1-1[a]) data de 1986. Conforme a la llamada “*Defense of Marriage Act*” (en adelante, D.O.M.A.), sancionada en 1997, estatuye: “Sólo una mujer puede casarse con un hombre. Sólo un hombre puede casarse con una mujer”. Asimismo, prevé que los matrimonios entre personas de igual género son nulos dentro del Estado, aunque sean válidos en el lugar en el que se celebraron (Ind. Code § 31-11-1-1[b]).

En el caso “*Morrison Ruth v. Sadler Doris Ann*” (No. 49A02–0305-CV-447 –*appeal from the Marion Superior Court, Cause N° 49D13-0211-PL-1946* [20 de enero de 2005]), tres parejas homosexuales demandaron a los respectivos funcionarios de *Hendricks* y *Marion County*, por el otorgamiento de sendas licencias matrimoniales, alegando que la D.O.M.A. viola la Constitución de Indiana, moción que fue desestimada en primera instancia. La Corte de Apelaciones confirmó el rechazo, afirmando que la ley impugnada no infringe la cláusula de igualdad de privilegios e inmunidades, ni las garantías *privacy* y *due process of law*, consagradas por la Constitución estatal.

Este tribunal de segunda instancia estableció como parámetros de evaluación, que el tratamiento dispar debe ser razonable con relación a las características inherentes distintivas de la clase sujeta a regulación; que las preferencias deben aplicarse uniformemente y ser igualmente accesibles para todas las personas en situación similar; y que –como regla– los jueces deben respetar la discrecionalidad legislativa. Con ello, la carga de destruir la presunción de constitucionalidad pesa sobre los peticionarios (“...las clasificaciones legislativas devienen en una cuestión judicial sólo donde las líneas trazadas aparecen arbitrarias o manifiestamente irrazonables. En tanto que la clasificación se base sobre distinciones sustanciales en referencia a la materia planteada, no debemos sustituir el juicio de la legislatura por el nuestro...”).

Según la Corte, los actores ignoran la diferencia clave de cómo unas y otras parejas llegan –en general– a ser padres. La procreación natural, dijo, sólo puede ocurrir a través del contacto sexual entre varón y mujer, aún sin previsión o planificación. En esto, encontró que la clasificación legislativa está razonablemente vinculada a una característica clara, identificable e inherente que distingue a ambas clases: la habilidad o inhabilidad de procrear por medios naturales. Admitió que la relación heterosexual, la procreación y el cuidado de los hijos no van necesariamente juntos; pero adujo que una sociedad ordenada requiere algún mecanismo para reglamentar el hecho de que ese contacto sexual comúnmente resultará en un embarazo y un parto. “La institución del matrimonio [afirmó] es ese mecanismo... La institución del matrimonio provee una importante articulación legal y normativa entre el intercambio heterosexual y la procreación, por un lado, y las responsabilidades familiares, por el otro. Hubo bases racionales en la legislatura al trazar la línea entre las parejas de sexo opuesto –que es el grupo genérico biológicamente capaz de reproducción–, y las parejas del mismo sexo, que no lo son. Esto es verdad, independientemente de que haya parejas heterosexuales que desean casarse aunque uno de los dos compañeros sea físicamente incapaz de procrear...”.

Interpretó que “[e]l Estado no interfiere en los asuntos privados de los peticionarios, ni les provoca una ofensa en cuanto a ‘la oportunidad de manejar su propia vida’... “. También manifestó que, para la carta magna, la ponderación de los valores nucleares depende del propósito por el que una particular garantía fue adoptada, como asimismo, de la historia constitucional del Estado (*Price v. State*, 622 N.E.2d 954, 961 [Ind. 1993]). Y, desde esta perspectiva, estimó que los actores no demostraron que el derecho a casarse con cualquier persona que se elija –incluyendo una del mismo sexo–, sea un valor central en la economía de esa norma basal.

Finalmente, declaró que “[l]o que decidimos hoy es que la Constitución de Indiana no requiere el reconocimiento gubernamental del matrimonio homosexual, aunque la legislatura es ciertamente libre de otorgar ese reconocimiento o crear una institución paralela bajo ese instrumento...”.

En su voto concurrente, el juez Friedlander opinó que “[c]omo las parejas homosexuales no pueden procrear como resultado de su unión física, ellas no están implicadas en el problema de si el matrimonio entre los padres biológicos es bueno para los hijos, y –consecuentemente–

bueno para la sociedad”. Varía así el ángulo de la consideración, que ya no será “si el Estado puede prohibir el matrimonio homosexual”, sino “si el matrimonio homosexual promoverá la procreación responsable”, a lo que da una respuesta negativa. Como resultado, entiende que la cuestión propuesta por los apelantes debe resolverse en una arena diferente, es decir, por la Asamblea General y el pueblo del Estado. Dentro del marco constitucional, “...ellos deben identificar y considerar las implicaciones sociales y los imperativos morales involucrados y determinar si la prohibición es justificable sobre esas bases....”.

2.2.G.— A partir del movimiento de emulación que comenzó con la sanción de la ley federal conocida como D.O.M.A., también han sido impugnadas las correlativas enmiendas constitucionales y legales emprendidas por los Estados locales, mediante ataques dirigidos—incluso—contra la regularidad de los respectivos procesos de iniciativa.

Así, ante el cuestionamiento de la llamada Medida 36 (en cuanto a la prohibición de reconocimiento en el Estado de Oregon de matrimonios homosexuales celebrados en otros países o Estados—v. asimismo cap. 2.2.I acáp. d—), la Corte del Condado de Marion emitió opinión en el sentido de que la enmienda se ajusta a los recaudos de la Constitución, interpretación mantenida por la Corte de Apelaciones, en fecha 21/5/2008. Recientemente (5/11/2008 y 13/1/2009), la Suprema Corte del Estado denegó *in limine* el recurso articulado (“*Juan Martínez v. Governor Theodore R. Kulongoski*”; N° 05C-11023; *Oregon Circuit Ct. 4/11/2005*; *SC [S056472] [A130818]*).

Fueron igualmente sometidas a revisión judicial—con resultado adverso—los procesos de reafirmación legislativa del matrimonio heterosexual acometidos, entre otros, por los Estados de Louisiana (“*Forum for Equality PAC v. McKeithen*”; *Supreme Court* N° 04-OC-2551, del 19/1/2005; [893 *So.2d* 715—La. 2005] y su antecedente “*Forum for Equality PAC v. The Honorable W. Fox McKeithen*”; 04-CA-2477 c/w 04-CA-2523); Massachusetts (“*Schulman v. Attorney General*” [v. cap. 2.2.H acáp. n]); Tennessee (“*ACLU v. Darnell*” [*Supreme Court* 195 S.W.3d 612; 2006]); y Georgia (“*Perdue v. O’Kelly at al*” [*Supreme Court* S06A1574; 6/7/2006]).

En el Estado de Iowa, ya consagrada la norma restrictiva (*Iowa Code* cap. 595), ésta fue invalidada en el Condado de Polk, por el juez Robert B.Hanson, quien dispuso—in *re* “*Varnum v. Brien*”—, que el precepto debía leerse de un modo neutral con relación al género (caso

Nº CV5965; Iowa D.C. [30/8/2007]), habilitándose la expedición de licencias matrimoniales entre el 30 y 31 de agosto de 2007. Los efectos de la decisión fueron suspendidos por orden verbal del mismo magistrado, dejando pendiente el veredicto a las resultas de la apelación deducida.

2.2.H.— Desde otra perspectiva, se objetaron en sede federal las enmiendas constitucionales introducidas en Nebraska y en Oklahoma. En el primer expediente, “*Citizens for Equal Protection v. Attorney General Brunning & Governor Heineman*” [368 *F.Supp.2d.* 980, *D. Nebraska – 2005*; Nº 5-2604 del 14/7/06; 455 *F.3d.* 859]; la Corte de Apelaciones del 8º Circuito desestimó la demanda, revocando lo resuelto por la Corte de Distrito.

En el segundo caso, la causa “*Bishop v. Oklahoma*” (447 *F.Supp.2d.* 1239 –*N.D. Okla.* 2006–), acumula las acciones de una pareja que busca acceder al matrimonio en ese Estado, y de otra que persigue que surta efecto extraterritorial su unión civil registrada en el Estado de Vermont o las nupcias contraídas en Canadá. La Corte del Distrito Norte, rechazó la demanda referida al reconocimiento interestatal, dejando pendiente lo relativo a las garantías *due process* e *equal protection* (v. asimismo opinión del Procurador General del Estado W.A.Drew Edmondson [2004– OK AG 10, 19/3/04]).

Por otro lado, en autos “*Wilson Nancy and Dr. Paula Schoenwether v. Ake Richard L. and John Ashcroft*” (Nº 8:04-CV-1680-T-30TBM; 354 *Federal Supplement, 2d. series*, 1298 – *United States District Court, M.D. Florida* [19/I/2005]), la Corte de Distrito (*Tampa Division*) no admitió la tacha de inconstitucionalidad del estatuto local. En lo sustancial, opinó que el derecho a casarse con una persona del mismo sexo no es un derecho fundamental –ni es función de ese tribunal su creación–; y que, en base al *test* de racionalidad, la DOMA no viola la garantía de igualdad o la cláusula *due process*. Se ciñó para ello a los precedentes del Undécimo Circuito en “*Lofton v. Sec. of Dept. of Children and Family Services*” (358 *F.3d* 804, 817 [11th Cir.] 377 *F.3d* 1275 [2004]; *certiorari rechazado* 543 *U.S.* 125 *S.Ct.* 869, 160 *L.Ed.2d* 825 [2005] –ya citado en el cap. 2.2.D.–) y “*Williams v. Attorney General of Alabama*” 378 *F.3d* 1232, 1238 [11th Cir.:2004]).

Los tribunales federales de Circuito, se inclinan generalmente por la vigencia de la noción tradicional de matrimonio, en función de razones formales o de fondo (entre otros, “*Adams v. Howerton*” [673 *F.2d.* 1036,

9º Circuito Federal, 1980]; “*Smelt v. County of Orange*” [447 F 3d. 673, 9º Circuito federal, 2006]; “*Kandu Lee and Kandu Ann C. – Debtors*” [*United State Bankruptcy Court*; W. D. WN. 17/8/2004– 3/9/2004; 315 B. R. 123; N° 03-51312)]; conf. “*Kerrigan*” [voto juez Palmer, punto VI ap. “C” *Persuasive federal precedent*, segundo párrafo] cit. en cap. 2.2.I acáp. k).

2.2.I.– A su turno, los supremos tribunales estatales, también han venido manteniendo mayoritariamente y por distintas vías, la reserva heterosexual. Entre ellos, se cuentan los de Maryland [“*Conaway*”], Nueva York [“*Hernández*”], Washington [“*Anderson*”]; Oregon [“*Li*”]; Rhode Island [“*Chambers*”] (v. asimismo “*Baker*” [Minnesota] y “*Jones*” [Kentucky] ya cit. en los acáps. 2.2.D y 2.2.E. respectivamente; y reseña acáps. 2.2.B.b y 2.2.F)).

Un segundo grupo, ha optado por emplazar al legislador para que provea alguna solución, aunque no necesariamente ampliando el instituto del matrimonio, de manera que no se pronunció a favor de una equiparación irrestricta (Nueva Jersey [“*Lewis*”] y Vermont [“*Baker*”]).

Por su parte, la Corte de Hawaii, en “*Baehr*”, se ocupó –más bien– del nivel de escrutinio aplicable, sin expedirse concretamente sobre el punto constitucional de fondo, cuyo tratamiento postergó a las resultas de las alegaciones gubernamentales; aunque todo ello devino abstracto, en razón de la reforma constitucional sobreviniente. Algo similar ocurriría en Alaska, con el caso “*Brause*”.

Como excepción, los jueces intervinientes *in re* “*Marriage Cases*” (California), “*Kerrigan*” (Connecticut), y “*Goodridge*” (Massachusetts), consideraron el acceso al *ius nubendii* de las parejas del mismo sexo como un derecho fundamental, cercenado por la ley.

Pasaré seguidamente a hacer un breve comentario de los principales precedentes y su contexto:

a) El Código de Maryland (1957, 2006 *Repl. Vol.*; *Family Law Article*, § 2-201), dispone que “[s]ólo es válido en este Estado el matrimonio entre un hombre y una mujer”.

Por otro lado, el art. 46 de la Declaración de Derechos (según la *Equal Rights Amendment* [en lo sucesivo, ERA]), prevé que la “[i]gual-

dad bajo la ley no será lesionada o denegada en razón del sexo”. Y su art. 24 declara que “ningún hombre puede ser tomado prisionero o desposeído de su dominios, libertades o privilegios, o proscrito, o exilado, o, de cualquier manera... privado de su vida, libertad o propiedad, sino por el juicio de sus pares, o *the Law of the land...*”.

En el caso “*Conaway Frank et al v. Deane Gitanjali et al*” (N° 44, 401 Md. 219; 932 A.2d. 571 [Md. 2007], con fecha 18 de setiembre de 2007, la Corte de Apelaciones —máxima instancia local— en fallo dividido, revocó la decisión de la Corte de Circuito de la ciudad de Baltimore, y devolvió la causa en orden a la declaración de constitucionalidad de la norma.

El juez preopinante apoyó su voto, principalmente, en la idea de que el estatuto que prohíbe los matrimonios homosexuales, exhibe bases racionales y no traza una distinción en función del sexo, en violación a la ERA; como así en que el derecho a contraer nupcias con personas del mismo sexo, no es un derecho fundamental protegido por la cláusula *due process* de la Declaración de Derechos de Maryland.

Afirmó que “[u]n estatuto no deviene inconstitucional simplemente porque, de alguna manera, hace referencia a la raza o al sexo...”, debiendo —en cambio— detectarse si la ley posee un fin discriminatorio.

La norma atacada, dijo, no separa a hombre y mujer en distintas clases con el objeto de conceder beneficios a un grupo a expensas del otro, sino que la imposibilidad de casarse con alguien del mismo sexo, opera de la misma manera para los dos. Asumió también que la ERA no alcanza a las distinciones en función de la orientación sexual, y que su finalidad primaria fue eliminar la discriminación entre varón y mujer, tomados como clase. Insistió en que el propósito último del pueblo y de la Legislatura al promover dicha enmienda, fue colocar a hombre y mujer en pie de igualdad, sometiendo a escrutinio estricto cualquier acto gubernamental que tratase a ambos en forma dispar, como miembros de conjuntos diferenciados.

Puso de resalto que si bien el derecho al matrimonio es fundamental, contando con amparo constitucional, no es absoluto: también es una institución pública, sujeta a la regulación y al poder de policía del Estado. Es en ejercicio de ese poder, sentenció, que el legislador está habilitado para formular clasificaciones o determinar si ciertos actos han de regularse, guardando siempre alguna relación real y sustancial

con el bienestar general, de modo que –bajo el manto de ese poder–, no se contraría a la Constitución, despojando de derechos o privilegios expresamente garantizados por ella.

Reiteró un concepto utilizado en varios de los fallos que reseñamos, en cuanto a que los derechos fundamentales garantizados por la cláusula *due process*, no son aquellos que en el pensamiento del intérprete puedan tenerse como tales, sino sólo los privilegios e inmunidades tan arraigados en las tradiciones y la conciencia social, que merezcan considerarse implícitos en la noción de libertad ordenadora.

De allí dedujo la inexistencia de la prerrogativa invocada, arguyendo que el derecho fundamental al matrimonio finca en la naturaleza de la relación varón-mujer y/o en el nexo concomitante de alentar la procreación de la especie; visión que ha tenido el Estado de Maryland desde antiguo.

También reflexionó acerca de que las garantías *equal protection* y *due process* son vistos como algo flexible y dinámico; y que, mientras los principios constitucionales son inamovibles, el intérprete debe darles un sentido que los acompañe con el clima político, económico y social contemporáneo actual. En conexión con ello, constató la evolución operada en la consideración de las personas *gay* y lesbianas, pero entendió que la aceptación de dicha realidad no requiere que el Estado o los jueces reconozcan como derecho fundamental una construcción que carece del arraigo imprescindible.

Con cita de la Corte federal, expresó que los jueces, al ampliar notoriamente un derecho tutelado constitucionalmente, sustraen el problema de la arena del debate público y de la acción legislativa. En cambio, repuso, los tribunales deberían tener el máximo cuidado cuando son llamados a establecer nuevos estándares, para prevenir que la libertad protegida por la cláusula *due process* se transforme según las preferencias de sus miembros.

La Carta de Derechos, dijo, “...no autoriza a la jurisdicción a colocarse en el lugar de un superlegislador para juzgar la sabiduría o lo deseable de las determinaciones de política legislativa hechas en áreas que no afectan derechos fundamentales...”.

Aseveró que el estímulo a la procreación en un ambiente estable comporta un interés legítimo, al tiempo que existe un vínculo suficiente

entre ese interés y la restricción legal. A partir de allí, tuvo por superado el *test* de racionalidad, independientemente de las imperfecciones que se detecten en el esquema normativo, pues –en este nivel de escrutinio– el precepto no tiene que exhibir una exactitud matemática y puede contener aristas que deriven en algún grado de inequidad.

Concluyó que el estatuto impugnado exhibe una fuerte presunción de constitucionalidad y que, desde un análisis racional, concurren motivos plausibles en sustento de la previsión legal hecha por la Asamblea General. Con ello, estimó que el examen judicial no debe avanzar más allá, pues la Constitución asume que, aun decisiones desprevenidas del legislador, pueden rectificarse mediante procesos democráticos, por lo que la intervención judicial no está, en principio, justificada “... sin importar cuán necio puedan pensar los jueces que es el actuar de la rama política (*F.C.C. v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 313-14, 113 S. Ct. 2096, 2101, 124 L. Ed. 2d 211 [1993])”.

Por último, la Corte aclaró que su opinión no implica que la Asamblea General esté impedida de reconocer el *ius nubendii* homosexual.

b) En el Estado de Nueva York –uno de los cinco que no han consagrado expresamente la restricción legal o constitucional en la materia–, se ha suscitado una intensa polémica en torno del derecho a contraer matrimonio –en el territorio de ese Estado– con personas del mismo sexo, ignorándose el temperamento legislativo que se seguirá en definitiva (v.gr., un proyecto de ley para legalizar el matrimonio homosexual feneció en comisión, ocurrido lo cual se insistió en su presentación, habiendo superado una primera fase por 85 a 65 votos [*original Senate Bill*: S.B. 5884 –2007– y A.B. 8590 –2007]).

En el mentado precedente “*Hernandez v. Robles*” (7 N.Y.3d 338, 855 N.E.2d 1, 821 N.Y.S.2d 770; N.Y. [6 de julio de 2006]), se acumularon cuatro acciones incoadas por cuarenta y cuatro parejas homosexuales que impugnaban la constitucionalidad de la *Domestic Relation Law* (DRL), en pos de obtener licencias matrimoniales en las localidades de Nueva York, Ithaca y Albany.

La mayoría de la Corte de Apelaciones de Nueva York, el más alto tribunal del Estado, mantuvo la postura negativa de la División de Apelaciones, concluyendo que la ley se sustenta en bases racionales, y no violenta las garantías de igualdad y debido proceso.

En cuanto al criterio de la División de Apelaciones, es de cita constante el caso “*Shields v. Madigan*” (5 Misc. 3d 901, 783 N.Y.S.2d 270; N.Y. Sup. Ct. 2004), donde veinte peticionarios requirieron que el Secretario de la ciudad extendiese las licencias matrimoniales que le habían sido denegadas. Al puntualizar las connotaciones constitucionales de este problema, el tribunal determinó que “...el matrimonio es un estatus legal sujeto al control de la legislatura... Es la legislatura el cuerpo apropiado para comprometerse en el estudio del debate que necesariamente debe preceder a la formulación de una política social respecto del matrimonio homosexual y a la decisión de extender algunos o todos los derechos y beneficios asociados con el matrimonio a las parejas del mismo sexo” (783 N.Y.S.2d 270, 277; decisión firme en el año 2006 “*Matter of Shields v. Madigan*”, 32 A.D.3d 1036, 820 N.Y.S.2d 890; N.Y. App. Div. 2º Dep’t. 2006).

Rechazó una lectura permisiva del matrimonio homosexual pues –aunque el texto no se refiere específicamente al valladar heterosexual–, ese era el entendimiento universal al tiempo en el que fueron sancionados los arts. 2 y 3 (año 1909), según se refleja en numerosos preceptos conexos (v. asimismo “*Matter of Kane v. Marsolais*” y sus citas; Corte Suprema del Condado de Albany, index 3473-04 [enero de 2005]).

Entendió que el derecho al matrimonio es –indudablemente– elemental, pero que la facultad de contraer nupcias con alguien del mismo sexo, carece del profundo arraigo en la historia y tradición de la Nación, exigible para ser considerado un derecho fundamental. Por lo tanto, la restricción legislativa debe evaluarse en función del *test* de base racional, presumiendo que la legislación sospechada de discriminatoria es válida y debe mantenerse, en tanto tenga un correlato razonable con un legítimo interés público.

El tribunal, también adhirió a la idea de que la decisión de permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, corresponde a la legislatura, entre otras cosas, porque “[n]osotros no predecimos lo que la gente podrá pensar pasadas varias generaciones, pero creemos que la presente generación debería tener la chance de decidir el problema a través de sus representantes electos” (v. su nota 22).

En su opinión concurrente, el juez Graffeo volvió sobre un pensamiento que manejaron recurrentemente varios otros jueces: “...ignorar el significado al que adscribe el derecho al matrimonio en estos casos

y sustituirlo por otro en su lugar, es redefinir el derecho en cuestión, para desmembrar el nuevo derecho resultante, lejos de las verdaderas raíces que llevaron a la Suprema Corte de los Estados Unidos... a reconocer al matrimonio como un derecho fundamental”.

En definitiva, juzgó que la Constitución no compele al Estado a implementar matrimonios del mismo sexo.

c) En 1998, siguiendo la tendencia mencionada en el inicio de este capítulo, el Estado de Washington sancionó la Ley de Defensa del Matrimonio local (D.O.M.A.; *laws of 1998, ch. 1*). Esta norma contempla expresamente el matrimonio como un contrato civil válido únicamente entre hombre y mujer (RCW 26.4.010), y prohíbe su celebración para otro tipo de pareja (RCW 26.04.020 [1.c]). Asimismo, habilita el *exequatur* respecto de nupcias regularmente celebradas en otras jurisdicciones, sólo si ese acto no está prohibido o es ilegítimo bajo la subsección 1.c. antedicha (RCW 26.04.020 [3]).

La Constitución local reza:– “Sección 1. Igualdad no denegada en razón del sexo. La igualdad de derechos y responsabilidades bajo la ley no será denegada o restringida teniendo en cuenta el sexo” (art. XXXI – *Sex equility – rights and responsibilities*). Sección 2. Poder de cumplimiento de la Legislatura. La legislatura tendrá el poder de dar vigor, mediante la legislación apropiada, a las previsiones de este artículo (enmienda 61, 1972 *House Joint Resolution* No. 61, p 526. aprobada en noviembre de 1972). Adicionalmente, en el año 2006, se adoptó una modificación respecto de la Ley Antidiscriminación, prohibiendo la discriminación sobre la base de la orientación sexual (H.B. 2661, 59th Leg., Reg. Sess. [Wash. 2006]).

En cuanto a la jurisprudencia, la extensa sentencia dictada el 26/7/2006 *in re “Anderson”* (donde se acumularon los reclamos de ocho parejas, por un lado [*Anderson v. King County*] y de once, por el otro [*Castle v. State*]), ilustra muy bien acerca de los argumentos y precedentes primordiales, al par que permite ver –otra vez– lo acentuado de la controversia.

En esa oportunidad, el juez Madsen sostuvo que la Constitución estatal y el caso legal obligaban a decir que, dentro del sistema tripartito de gobierno del Estado de Washington, la rama legislativa –o el pueblo, actuando a través del proceso de iniciativa–, poseen la potestad de limitar el matrimonio a las parejas de sexo opuesto. Reiteró la idea de que la decisión judicial no ha de basarse en la opinión individual

acerca de lo que la ley debería ser, sino que su rol se ciñe a determinar la constitucionalidad de la D.O.M.A., resolviendo el caso como juez y no como legislador.

Entendió que los actores no demostraron ser miembros de una “clase sospechosa” o que el derecho fundamental al matrimonio abarque al matrimonio homosexual. Afirmó que los ciudadanos de Washington, no han sido titulares en el pasado ni lo son ahora, de una expectativa referida a que puedan elegir casarse con una persona del mismo sexo.

En su opinión, el legislador está habilitado a creer que este instituto debe alentar la procreación, esencial para la supervivencia de la raza humana, así como el bienestar de los hijos, estimulando su crianza en hogares presididos por sus padres biológicos, en el ambiente estable propio del matrimonio.

Indicó que la garantía de igualdad prohíbe restringir o denegar derechos a uno de los sexos, cosa que no se da en el caso, porque la ley trata a hombres y mujeres del mismo modo. Más adelante explicará que, según se la describió en los folletos para los votantes, la *Equal Rights Act* (ERA), tiene como principio básico que la ley trate con igualdad a ambos sexos, de manera que las normas que otorgan utilidades sólo a uno de ellos, debe ser ajustada y extendida a todos; mientras que una ley que restringe o deniega derechos a uno de los sexos, debe eliminarse. E insistirá en que la D.O.M.A., no traza ninguna clasificación basada en el sexo (parágrafo 102).

Además de efectuar disquisiciones técnicas propias del sistema jurídico estadounidense, expresó que los beneficios que han ido concediendo muchos Estados y municipios a las personas *gay* y lesbianas, muestra que está ocurriendo un cambio en la sociedad, pero en el presente los estándares no exhiben un compromiso de la comunidad en orden a la inclusión del matrimonio homosexual como parte del derecho fundamental a casarse. Enfatizó que la Constitución establece una democracia representativa, y que el pueblo –que ha consentido en ser gobernado–, habla a través de sus representantes electos; por lo cual, si no se está ante un derecho fundamental o una “clase sospechosa”, son los cuerpos legislativos –no los jueces– quienes tienen la facultad de efectuar determinaciones de política pública.

Aseguró que el consenso público –evidenciado por la ley adoptada después de un robusto debate–, debe recibir una gran deferencia

(“*Glucksberg*” 521, US p 720, 117 S.Ct. 2258). Rememoró un caso sobre discapacidad desestimado por la Suprema Corte federal (“*Garret*” 531 US p 367-68, 121 S.Ct. 955), apuntando que, según ese tribunal, no corresponde al Poder Judicial “...determinar si un estatuto es sabio, si llena de la mejor manera relevantes objetivos sociales y económicos, o si puede desarrollarse un sistema más justo y humano”. Ordinariamente, siguió recordando, una ley debe sostenerse si ella realiza un interés gubernamental legítimo “...aunque la ley parezca imprudente o funcione en desventaja de un grupo particular, o si su racionalidad aparezca como tenue...” (“*Murguía*” 427 US p 317, 96 S.Ct. 2562, cit. en “*Dandrige v. William*” 397, US 471, 487, 90 S.Ct. 1153, 25 L.Ed.2d. 491 [1970]; “*Romer*” –ya citado en el cap. 2.2.D– p 632).

El juez Alexander, en su voto concurrente, declaró que resolver de otra manera implicaría “...estar usurpando la función de la legislatura o del pueblo como está establecido en el artículo II de la constitución del estado de Washington”, dejando a esa voluntad la facultad de ensanchar la ley de matrimonio o proveer otras formas de unión civil (pág. 991 parágrafos 113 y 114).

El juez Johnson (a quien se unió el juez Sanders), propuso no despreciar el texto y la historia de las normas aplicables. La comprensión del matrimonio como institución heterosexual, relató, se ha mantenido continuamente en el país y en Washington por más de ciento veinticinco años (Código de 1881, & 2380). Apuntó que su naturaleza única –biológicamente binaria– y su engarce con la procreación y la crianza responsable de los hijos, ha moldeado la institución en el *common law*, en los estatutos y en las previsiones constitucionales de varios Estados, manteniéndose sin fisuras por la Corte federal, y por las Cortes inferiores, con notorias excepciones (noción que también subyace en la Constitución y en las leyes federales).

El tribunal, repuso, no puede crear un nuevo derecho fundamental, sin asumir que posee el poder de redefinir el matrimonio así como otros derechos de los ciudadanos. “Esta Corte [proclamó] no posee ese poder, ninguna lo tiene. La separación de poderes es un principio constitucional fundamental. El corolario obligado es el deber de reconocer sólo el poder legítimo de cada rama gubernamental”. En los parágrafos 163 y 165, dirá: “...donde las Cortes pretenden imponer nuevos cambios en la política pública por decreto judicial, erosionan el amparo... y frustran el balance constitucional, en tanto incluye expresamente la voluntad del

pueblo que debe ratificar las enmiendas constitucionales”, careciendo “...de la legitimidad del debate público y/o de la acción legislativa”.

La D.O.M.A., continuó, no otorga derecho alguno, porque el derecho a contraer matrimonio entre un hombre y una mujer le ha precedido largamente; ni se inmiscuye en la vida privada, pues no impide que las personas tengan en ese ámbito, cualquier suerte de relaciones a su elección. Asimismo, insistió en que no existe derecho o garantía respecto del connubio entre personas del mismo sexo.

Adujo que “[t]odo washingtoniano puede casarse sujeto a razonables restricciones de poder de policía. Una persona no puede casarse con alguien debajo de la edad... no puede casarse si ya está casado... no puede casarse con un pariente cercano... y no puede casarse si las partes son personas distintas de un hombre y una mujer”. Y agregó que “...la última prohibición, como la prohibición de la bigamia/poligamia, hace a la definición. Un ‘matrimonio’ significa un matrimonio entre un hombre y una mujer... No hay ningún favor o desfavor de clase bajo este estatuto...”. Aseveró luego que la ley no distingue entre personas de orientación heterosexual u homosexual, más de lo que lo hace entre personas que ya están casadas o no cuentan con la edad necesaria.

Rechazó vigorosamente el intento de vincular la D.O.M.A. con la discriminación racial. Para ello expresó que en “*Loving*” la Corte federal no cambió el concepto básico de matrimonio como unión legal entre un hombre y una mujer, sino que simplemente sostuvo que la raza del varón o la mujer que desean casarse, no debe considerarse para la expedición de la licencia respectiva (tampoco lo hizo la sentencia de “*Perez v. Sharp*” 32 Cal.2d 711, 198 P.2d 17 [1948]). Anotó que una cuidadosa revisión del contexto histórico de “*Loving*” despeja el asunto, en el sentido de que las leyes contrarias a la mezcla de las razas blanca y negra, violan el derecho de unirse de varón y mujer, introduciendo el estatus racial como cualificación. “Tales leyes contradicen el hecho de que un hombre y una mujer de cualquier raza cuentan con el derecho natural de casarse y tener hijos. Este derecho es protegido por las Constituciones de los Estados Unidos y del Estado de Washington”.

Siguió razonando que la “...naturaleza complementaria de los sexos y la singular capacidad procreativa del hombre y la mujer como unidad reproductiva, proveen obvias y no arbitrarias bases para el reconocimiento de tal matrimonio. El carácter binario del matrimonio existe

primero porque hay dos sexos. Una sociedad atenta a la particular naturaleza biológica de la relación marital y a su especial capacidad de procreación, tiene amplia justificación para salvaguardar esta institución en pos de promover la procreación y un ambiente estable para la crianza de los hijos”. Dedicó el parágrafo 185 a apuntar otros motivos por los cuales, en las modernas circunstancias, el matrimonio resulta necesario para la comunidad.

Enunció que “[e]l interés público en el impulso del matrimonio se descalzaría si su significado fuera tan maleable como para incluir cualquier relación consensual que se dijera ‘exclusiva y permanente’...”.

Afirmó que “[n]uestro sistema constitucional establece la separación de poderes. Es cosa de la legislatura sopesar la evidencia y los méritos de la ciencia social y las estadísticas, teniendo en cuenta el interés público... A los fines de la legítima revisión judicial, es suficiente notar que la legislatura celebró audiencias con testimonios suplementados por documentación, incluyendo estudios que apoyan la conclusión de que los sostenes del hogar madre-padre, son el escenario óptimo para la familia y los niños... Mas importante, es la razón de que nuestra legislatura insistió sobre evidencia contundente antes de hacer tan vasta alteración...”, prueba que no le fue presentada.

En su disidencia, el juez Fairhurst (acompañado con matices por los jueces Bridge, Owens y Chambers) opinó que la D.O.M.A. deniega injustamente un derecho fundamental, por lo que es inconstitucional; mientras que el juez Bridge entendió que ese régimen legal restringe derechos humanos básicos, que impactan en el núcleo mismo de la vida cotidiana de los ciudadanos *gays* y *lesbianas*.

d) En el Estado de Oregon, el Presidente de la Junta de Comisionados del Condado de Multnomah, ordenó expedir licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo, celebrándose alrededor de 3.000 enlaces, a partir del 3 de marzo de 2004. Pero el Registro del Estado se negó a formalizar los asientos pertinentes, en virtud de que el Procurador General había dictaminado que los estatutos matrimoniales de Oregon definían al matrimonio como la unión entre varón y mujer; y de que el Gobernador había dispuesto que ninguna agencia gubernamental diera efecto legal a uniones homosexuales.

La demanda por inconstitucionalidad de la legislación restrictiva (ORS cap. 106), se sustentó esencialmente en que el derecho al matri-

monio es un *privilegio*, en los términos de la Constitución de Oregon y que su art. I (20) prohíbe utilizar la orientación sexual o el género para denegar dicho privilegio.

En primera instancia, el juez de la Corte de Circuito de *Multnomah County*, Frank L. Bearden, sostuvo que lo que contrariaba a la Constitución estatal (Or. Const. art. I, §20) era la imposibilidad de gozar de las prerrogativas que derivan del matrimonio, por parte de las parejas del mismo sexo. Por ende, manteniendo la institución legal limitada a la pareja heterosexual, decidió –en lo sustancial– emplazar a la Legislatura, no a sancionar el matrimonio homosexual, sino a extender los beneficios propios del estatus matrimonial a estas otras uniones.

Llegadas las actuaciones a la Suprema Corte estatal, el preopinante, Juez W. Michael Gillette, comenzó su revisión por la norma positiva que define el matrimonio (ORS 106.010), encontrando que su redacción sugiere un contrato entre varón y mujer, lo cual se reafirma si la frase es leída en el contexto de otros preceptos que emplean los vocablos “marido” y “esposa” (ORS 106.150 [1], ORS 106.010, ORS 106.041[1]). En este punto, agregó que –aunque el legislador no ha aclarado el alcance de esos términos–, la metodología interpretativa apropiada es la que otorga a las palabras el “significado pleno, natural y ordinario” (“*PGE v. Bureau of Labor and Industries*”, 317 Or 606, 611, 859 P2d 1143 [1993]). Y apuntó que –conforme al diccionario– “marido” significa “hombre casado”, y “esposa”, “mujer casada” (*Webster’s Third New Int’l Dictionary*, 1104, 2614 [unabridged ed 2002]).

Se hizo cargo del hecho, posterior a la sentencia de primera instancia, de que en noviembre de 2004, los habitantes adoptaron la denominada *Ballot Measure 36* (2004), una iniciativa popular enmendando la Constitución del Estado (v. acápite 2.2.A), que se efectivizó el 2 de diciembre de 2004, y que provee: “[e]s la política de Oregon, y de sus subdivisiones políticas, que sólo el enlace entre un hombre y una mujer será válido y legalmente reconocido como un matrimonio.”

Concluyó, en primer lugar, que a partir de la mentada “*Measure 36*” –a la que atribuyó carácter operativo–, el matrimonio en Oregon ha quedado acotado, bajo la Constitución del Estado, a las parejas de sexo opuesto. Por otro lado, juzgó que la ley civil local, existente antes de la enmienda constitucional, también limitaba a la pareja heterosexual –y continúa haciéndolo–, el derecho a obtener licencias matrimoniales.

Asimismo, tuvo a las licencias expedidas por el Condado de Multnomah como nulas *ab initio* (“*Li v. State of Oregon*”, 338 Ore. 376, 110 P.3d 91 –Or. 14/4/2005– [CC 0403-03057; CA A 124877; SC S51612]).

e) El Estado de Rhode Island, forma parte del grupo de cinco que no han prohibido expresamente el matrimonio homosexual. Sí ha promulgado legislación enunciando su política explícita en orden a prevenir la discriminación fundada en la orientación sexual. Por otro lado, ha ampliado los beneficios de la seguridad social a parejas domésticas conformadas por empleados estatales, y ha reconocido judicialmente ciertos atributos de la parentalidad.

Es posible inferir la postura de su tribunal superior, a partir del caso “*Chambers Margaret v. Ormiston Cassandra*” (FC 6-2583 y 6-340 [7/12/2007]; 935 A.2d 956 RI 2007), donde se demandó el divorcio de una pareja homosexual casada en Massachussets, planteándose una cuestión de derecho, consistente en determinar si había materia que habilitara la intervención jurisdiccional. La Suprema Corte, consideró prematuro resolver el asunto y ordenó que en primera instancia se despejasen una serie de elementos de hecho (si se expidió licencia matrimonial a favor de las partes, dónde se domiciliaban al tiempo de requerir esa licencia, por cuánto tiempo habían residido en Rhode Island, qué domicilio aportaron en el pedido de licencia, si el matrimonio fue efectivamente celebrado, si alguna de las partes dejó de habitar en el Estado después del enlace, si el domicilio y la residencia en Rhode Island llenaban los recaudos legales). Dispuso que el juez de familia determinase la existencia actual de “caso” o controversia, como asimismo, si la cláusula de plena fe y crédito de la Constitución federal y la D.O.M.A., resultaban relevantes en el caso.

Devueltas que le fueron las actuaciones, la Suprema Corte admitió liminarmente la existencia de cuestión justiciable. Seguidamente, dedujo el sentido ordinario de la ley que habilita a decretar el divorcio, a partir de la definición del vocablo “matrimonio” al tiempo de la sanción del estatuto (año 1961), acudiendo a numerosos diccionarios contemporáneos, donde se lo describe como “la condición de estar unido a una persona de sexo opuesto”. Se valió de dicha acepción común, por no resultar ambigua. Y, desde allí, encontró que la Corte de Familia carece de jurisdicción para considerar la demanda, pues la Asamblea General ha otorgado el poder para conceder divorcios, sólo con respecto a matrimonios entre personas de sexo opuesto.

Observó que, si la ley fuese ambigua, la solución no variaría, a la luz del principio *noscitur a sociis*, que aconseja atribuir a las palabras de sentido dudoso, aquél que surja por referencia a otras frases o vocablos asociados. Siguiendo esa directiva, verificó que las leyes estatales vinculadas al tema, aluden al matrimonio con ideas como “marido”, “esposa”, “parte masculina o femenina”, lo cual –dijo– refleja la asunción parlamentaria de que el estatus llamado “matrimonio” en la jurisdicción de Rhode Island, consiste en la unión entre un hombre y una mujer.

La Suprema Corte enfatizó los límites de su propia función, dentro de la estructura tripartita de gobierno, explicando que el deber de la rama judicial no es hacer política, sino establecer el designio legislativo según expresan las normas dictadas por la Asamblea General. Acotó, por fin, que su rol no es enmendar o expandir las leyes, aunque dicha Asamblea tiene siempre la libertad de hacerlo.

f) La Corte impositiva del Estado de Nueva Jersey, determinó que el matrimonio homosexual válidamente concluido en Canadá carece de vigencia en el foro local. Asimismo, el 14 de junio de 2005, la Corte de Apelaciones estableció *in re* “*Lewis v. Harris*” que excluir a las parejas de igual sexo del derecho a contraer matrimonio, no viola la Constitución local.

Con fecha 25 de octubre de 2006, la Suprema Corte estatal (188 N.J. 415, 908 A.2d 196 [2006]), revocó este último fallo y ordenó al legislativo proveer, en un plazo de ciento ochenta días, alguna forma de reconocimiento –no necesariamente el acceso al matrimonio–, en paridad de condiciones (v. asimismo “*Quarto v. Adams*”, 395 N.J. Super 802, 929 A.2d 1111 [N.J. Super. Ct. 2007]).

La disidencia, enfatizó que “...al excluir a las parejas de igual sexo del matrimonio civil, el Estado declara que es legítimo diferenciar entre su compromiso y el de las parejas heterosexuales. En definitiva, el mensaje es que lo que tienen aquellas parejas no es tan importante o tan significativo como un real matrimonio, que tales relaciones dismuidas no pueden llevar el nombre de matrimonio”.

A partir de allí, en diciembre de 2006 la legislatura de New Jersey sancionó la ley de unión civil, que entró en vigencia el 19 de febrero de 2007.

g) En “*Baker v. State*” (170 Vt. 194, 744 A.2d. 864, Vt. 1999 [20/12/1999]), la Suprema Corte del Estado de Vermont declaró que la *Marriage Registration Law* (18 V.S.A. Sección 5131), no vulneraba las garantías de la Constitución local al reservar la figura legal del matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. Identificó, en cambio, una vulneración constitucional consistente en la denegación de los beneficios del matrimonio a las parejas del mismo sexo, haciendo pie para ello en el principio de igual protección (*common benefits clause* [docket N° 98-032 – 744 A.2d 864]).

En concreto, ordenó a la Asamblea que sancionara el matrimonio homosexual o creara un estatus con beneficios equivalentes, se utilizara o no la voz “matrimonio” para definir a esa categoría de vínculo legal (744 A.2d p 886-887).

Como sabemos, la Legislatura no homologó el matrimonio homosexual sino que implementó el régimen de unión civil, convirtiéndose así en la primera en organizar un esquema de registro de ese tipo (v. Vt. Stat. Ann. tit. 15, ch. 23 [H. Hill 847]), sin que se hayamos detectado impugnaciones significativas a dicho estatuto.

h) En el caso “*Baehr v. Lewin*” (o “*Baehr v. Miike*” –la demanda se dirigió contra el titular del Departamento de Salud–; N° 15689 [5/5/1993]), en fallo dividido, la Corte Suprema hawaiana, apuntó que el derecho fundamental al matrimonio, actualmente está reservado a la pareja de sexos opuestos.

Volvió al precedente “*Griswold v. Connecticut*”, en el que la Corte federal habría reconocido por primera vez el derecho fundamental denominado *privacy* (381 U. S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2° 510; año 1965); ocasión en la que estableció que, al determinar cuáles son los derechos fundamentales, los jueces no deben atender a nociones personales, sino a las tradiciones y a la conciencia colectiva del pueblo, observando si un principio está tan arraigado que merezca ingresar a ese catálogo.

A la luz de esa doctrina, estimó que el derecho a contraer nupcias con una persona del mismo sexo no está incardinado tan hondamente en el pueblo hawaiano, que su restricción vaya a alterar los principios de libertad y justicia; ni está implícito en el concepto de libertad ordenadora. Por ende, concluyó que los actores carecen de un derecho fun-

damental de naturaleza constitucional o de un derecho civil a casarse, en la forma en que lo pretenden.

Sin embargo, entendió que dichas parejas son libres de reclamar en base a la cláusula de igual protección y, si lo hicieren con éxito, el Estado no podrá negarles en el futuro, las licencias que requieren. En esa línea, acordó con los peticionarios que el no acceso al matrimonio los priva de una serie de derechos y beneficios derivados de ese estatus. El poder de regular el matrimonio, dijo, es una soberana función reservada exclusivamente a cada Estado, pero esta potestad está sujeta a limitaciones constitucionales, de modo que no puede restringir el acceso a aquel derecho, salvo motivos inaplazables. Desde ese ángulo, teniendo en vista el texto de la Constitución local (Sección 5^a, art. 1), que prohíbe la discriminación en razón del sexo, y por estimar que se está ante una “categoría sospechosa”, el tribunal dejó sin efecto el decisorio de primera instancia que había desestimado la demanda, e intimó al gobierno a probar la existencia de un interés público relevante que justifique la distinción, así como que la ley está diseñada ajustadamente para evitar innecesarios recortes a los derechos constitucionales. Aclaró, sin embargo, que era prematuro decir si, en la emergencia, se daba un supuesto de discriminación inconstitucional.

Por su lado, el juez James S. Burns consideró que el caso involucra un genuino problema de hechos materiales y que la sentencia debía revocarse, aunque por haber resuelto sobre presupuestos fácticos inadecuados. Razonó que la garantía de igualdad de la Constitución hawaiana excluye la discriminación por motivos sexuales, abarcando a todos los aspectos de la sexualidad marcados por la biología, y que esa es la noción distintiva entre lo individuos nacidos hombre o mujer. De ello dedujo que la voz “sexo” incluye las diferencias entre varón y mujer, y se preguntó si existen otras facetas sexuales que representen hechos biológicos, reflexionando acerca de que el origen (natural o cultural) de la homosexualidad, es uno de los temas más álgidos. En ese marco, juzgó que si la homosexualidad fuera un hecho biológico, entonces el término “sexo” empleado por la Constitución, también incluiría a las distintas orientaciones sexuales; de manera que hay en ello una cuestión de hecho conducente, que debe ser determinada antes de contestar al problema de fondo.

Finalmente, el juez Walter M. Heen, entendió que no existe derecho fundamental o civil a las nupcias homosexuales y que la ley impugnada

no incurre en discriminación inconstitucional. Coincidió con la jurisprudencia sentada en otros Estados, según la cual los peticionarios no están impedidos de acceder al matrimonio en razón de su sexo, sino por la consistencia misma de ese instituto, que sólo admite a personas de sexos opuestos. La ley –afirmó– trata a todos los hombres y mujeres de igual modo, siendo que las preferencias sexuales o estilo de vida resultan irrelevantes. Añadió que en la doctrina de la Corte federal, el sexo acarrea una clasificación sospechosa, pero la orientación sexual no; y que ningún derecho o beneficio le es otorgado o negado a las personas de un sexo, que no lo sean respecto del otro sexo.

Enunció los presupuestos de la llamada “clase sospechosa”, con cita de la jurisprudencia de la Suprema Corte federal (“*San Antonio Independent School District v. Rodríguez*” 411 U.S. 1, 28, 93 S.Ct. 1278, 1294, 36 L.Ed.2d. 16, 40; 411 U.S. 959, 93 S.Ct. 1919, 36 L.Ed.2d. 418 [1973]). Desechó la concurrencia en el caso de esos requisitos, por lo que, ante la ausencia de cuestionamiento a nivel de la razonabilidad de la ley, ésta resulta ser nada más que el ejercicio constitucional de la autoridad legislativa. La mayoría, reprochó, elimina la necesidad de que el actor pruebe la existencia de un propósito discriminatorio (“*Washington v. Davis*” 426, U.S. 229, 240, 96 S.Ct. 2040, 2048, 48 L.Ed. 2d. 597, 607-608 [año 1976]); siendo que la regla general es que toda norma se presume constitucional, y pesa sobre el impugnante la carga de desvirtuar esa presunción.

Recordó la enseñanza del tribunal en el sentido de que la garantía de igualdad no impone que la ley se aplique con universalidad a todas las personas, porque el Estado no puede funcionar sin clasificar a sus ciudadanos según variados propósitos y sin diferenciar a unos de otros. Lo que no puede el legislador, puntualizó, es ejercitar esa potestad arbitrariamente: la ley debe guardar una razonable relación con el objeto perseguido. Afirmó que la calificación legal cuestionada está claramente formulada para afianzar el propósito de promover y proteger la propagación de la raza humana, a través de matrimonios heterosexuales, al tiempo que guarda una razonable conexión con esa finalidad, no encontrando en ello inconstitucionalidad alguna.

Anotó que el problema de la equiparación es propio de la legislatura, en cuyas manos está expresar la voluntad de la población y decidir si corresponde efectuar una extensión de beneficios, que podría conferirse sin desmenbrar la esencia del matrimonio legal. La Corte, remató, no

debe fabricar un derecho civil sin soporte en ningún precedente, y cuyas consecuencias dejarán sin efecto una antigua y constante política pública, afectando otras áreas de interés público y aparejando graves repercusiones generales.

Devuelta la causa al Distrito y cumplido el emplazamiento de la Corte, el juez Chang (Primer Circuito), entendió que el interés público prevalente no había sido acreditado. Agregó que, aunque ese requerimiento se hubiese satisfecho, no se probó que la cláusula §572-1 estuviese formulada evitando innecesarios recortes de derechos constitucionales (1996). No obstante, el recurso ante la Suprema Corte fue declarado inoficioso en 1999 y la decisión revocada, en virtud de la enmienda constitucional de 1998, que reza: “La Legislatura tendrá el poder de reservar el matrimonio a las parejas de sexo opuesto”.

En sintonía con la nueva habilitación constitucional, ese cuerpo prohibió las nupcias entre personas de igual sexo, reforma que tuvo lugar con apoyo de la mayoría de los electores.

Previamente (julio de 1997), se había sancionado un régimen de *reciprocal benefits*, sin que hayan tenido éxito los intentos de reemplazar ese esquema por el de unión civil. Desde entonces, se han manejado una serie de proyectos, sin plasmarse la respectiva ley (v.gr. Haw. H.R. 908, 24th Cong., Año 2007; Haw. S. 1062, 24th Cong. Año 2007 {Haw. Rev. Stat. §572C-2. – §572C-4[3] – §572C-4[1] – §572C-4[2]} – §572C-5[a]); *Act 383; Bill 444*).

i) El Código Matrimonial de Alaska fue sancionado en 1963, conteniendo una especificación de género (AS 25.05.011), que fue eliminada posteriormente (1974-75), aunque conservando los términos “marido y mujer” en sus artículos AS 25.05.041 (b) y 25.05.051 (v. opinión consultiva del Procurador General del Estado a la Casa de Representantes de fecha 31/3/1995).

Al tiempo de pronunciarse el juez Michalski (SJ), *in re “Brause Jay and Gene Dugan v. Bureau of Vital Statistics, Alaska Department of Health & Social Services, and the Alaska Court System”* (P.2d, 1998, WL 88743, Alaska Super. [27/2/1998] N° 3AN-95-6562 CI), regía ya una última versión legislativa, que dispone: “El matrimonio es un contrato civil celebrado por un hombre y una mujer que requiere para ambos una licencia y una solemnidad” (AS. 25.05.011 [a]). Y sigue

diciendo: “(a) El matrimonio celebrado por personas del mismo sexo, tanto bajo el *common law* como bajo un estatuto, que sea reconocido por otro estado o extraña jurisdicción es inválido en este estado, y los derechos contractuales otorgados en virtud del matrimonio, incluso su disolución, no tienen vigor en este estado. (b) La relación homosexual no será reconocida por el estado como acreedora de los beneficios del matrimonio (AS 25.05.013)”.

A su vez, la Constitución proveía en su Sección 1: “Derechos inherentes. Esta constitución consagra los principios de que todas las personas tienen un natural derecho a la vida, a la libertad, a perseguir la felicidad, y al disfrute del producido de su propia industria; que todas las personas son iguales y titulares de igualdad de derechos, oportunidades, y protección bajo la ley; y que todas las personas tienen obligaciones correlativas con el pueblo y con el Estado”. Y, en su Sección 3 (art. 1): “Derechos civiles. Ninguna persona será privada del goce de ningún derecho civil o político por causa de su raza, color, credo, sexo o nacionalidad”.

Al interpretar esa normativa, el juez entendió que la restricción impuesta a la pareja homosexual es susceptible de afectar las garantías constitucionales *right of privacy* e *equal protection*.

Respecto de la primera, asumió que el derecho a elegir libremente al compañero de vida, es —claramente— la clase de decisión que nuestra cultura, a diferencia de otras, entroniza como de importancia personal. De ello infirió que, si bien es evidente que el matrimonio homosexual no está aceptado o enraizado en las tradiciones ni en la conciencia colectiva, el punto relevante no pasa por allí, sino por la opción de seleccionar a la pareja como acto individual, íntimo, análogo a la preferencia por una particular apariencia personal (en este punto refirió a “*Brees v. Smith*”, donde la Corte declaró que la proscripción del uso de cabello largo impuesta en una escuela secundaria, resultaba violatoria del *right of privacy* [501, p.2D 159 – Alaska 1972]).

Con relación a la segunda, recordó —por un lado— que el derecho al matrimonio está reconocido, sin disputa, como esencial. Invocó el precedente “*Zablocki*” y dedujo que —si la determinación de casarse y criar a los hijos en una estructura familiar tradicional, está amparada constitucionalmente como derecho fundamental—, la resolución de hacerlo en un esquema no tradicional, también debería recibir esa

protección. Lo primordial, dijo, es la decisión en sí misma, más allá de que ella resulte o no en una opción tradicional. Por otra parte, estimó que se está ante una clasificación basada en el sexo, explicando que si dos personas (varón y mujer) desean contraer matrimonio con la misma mujer –reuniendo ambos las condiciones legales–, sólo el género impedirá casarse a la díada femenina.

En conclusión, el magistrado declaró que la norma restrictiva debe someterse a un severo escrutinio y, por tanto, ordenó a las partes implementar las audiencias necesarias, para determinar si el Estado demostraba la existencia de un interés público apremiante, como sostén de la proscripción impugnada.

Inmediatamente, se produjo la reforma de la norma constitucional (3/1/1999), que ahora contempla taxativamente las nupcias heterosexuales. A partir de la enmienda sancionada, su artículo 25 dice: “Para ser válido o reconocido en este Estado, un matrimonio debe existir sólo entre hombre y mujer”. En concordancia con ello, los jueces de la Corte Superior y de la Suprema Corte declararon abstracto el planteo de inconstitucionalidad que retomaron los peticionarios *in re “Brause v.State, Dep. of Health & Social Services”* (21 P. 3d 357, 17/4/2001; N° S-9476).

Posteriormente, *in re “ACLU (American Civil Liberties Union of Alaska) c / State of Alaska and municipality of Anchorage”* (122 P.3d.781 [2005]), el máximo tribunal local encontró que la definición del matrimonio como heterosexual no impide a las parejas homosexuales atacar las políticas gubernamentales discriminatorias (en este caso, la negativa absoluta de beneficios a las parejas homosexuales de empleados públicos; la cual –dijo– no tiene correlato con un legítimo interés gubernamental).

j) En California –como puntualiza la Corte de Apelaciones en la sentencia que reseñará seguidamente–, el Código de Familia de 1977, introduce especificaciones respecto del género (*Stats. 1977, ch. 339, § 1, p. 1295*). A partir de allí, se establece expresamente que el matrimonio es una relación personal que proviene de un contrato civil entre un hombre y una mujer (sección 300). Esta alusión explícita, vuelve a aparecer en las secciones 301 y 302, donde se prescribe que el hombre y la mujer solteros, de 18 o más años de edad, son capaces para prestar el consentimiento nupcial.

Las versiones previas, carecían de este ingrediente, y sólo hablaban de “una relación personal originada en un contrato civil para el cual resulta necesario el consentimiento de las partes capaces de celebrar dicho contrato” (Código Civil originario, § 4100, agregado por Stats. 1969, ch. 1608, § 8, p. 3314 [derogado por Stats. 1992, ch. 162, § 10, p. 474, trasladando la previsión, sin cambios sustanciales, al Código de Familia § 300]; en el mismo sentido, Código Civil del año 1872 [§ 55]).

Fue en 1977, cuando la Asociación *County Clerks of California* promovió la *Assembly Bill* N° 607, que perseguía incorporar al texto la referencia “entre un hombre y una mujer”, tal como luce hoy día.

Aunque con anterioridad, los Secretarios de Condado habían interpretado uniformemente que la ley sólo permitía el matrimonio a las parejas de sexo opuesto, denegando las licencias a las de igual sexo (*Legis. Counsel, Rep. on Assem. Bill* N° 607 [1977-1978 *Reg. Sess.* p. 1]), para evitar cualquier ambigüedad y con el explícito propósito de excluir a las personas del mismo sexo del estatus legal del matrimonio, se llevó a cabo la enmienda (*Sen. Republican Caucus, analysis of Assem. Bill* N° 607 [1977-1978 *Reg. Sess.*] p. 1; *Sen. Com. on Judiciary, Analysis of Assem. Bill* N° 607 [1977-1978 *Reg. Sess.*], 23/5/1977 p. 1; [v. *Lockyer, supra*, 33 Cal.4th at p. 1076, fn. 11: “...el objetivo legal de prohibir el matrimonio del mismo sexo deviene claramente de la historia legislativa”]).

En 1992, el Código Civil (sección 4100), fue transformado sin cambios en este ítem, como Código de Familia (Stats. 1992, ch. 162, § 10, p. 474).

Un segundo estatuto limitando el matrimonio, se dio a partir de la iniciativa popular del año 2000 conocida como *Proposition 22*, que incorporó al Código de Familia la sección 308.5, que reza: “Sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California”.

En ese marco normativo, el 10 de febrero de 2004, el alcalde de San Francisco, Gavin Newsom, impartió directivas a la Secretaria del Condado, para proveer licencias matrimoniales con abstracción del género u orientación sexual. En su nota, el funcionario indicaba su creencia de que la previsión de igual protección contenida en el artículo I, sección 7 (a) de la Constitución de California, impide rehusar licencias

matrimoniales a *gays* y lesbianas, sin incurrir en discriminación. Dos días después, comenzaron a celebrarse los enlaces civiles.

Por su lado, denegada la medida cautelar requerida ante el tribunal de primera instancia por el Procurador General del Estado, Bill Lockyer, "...en su carácter de principal oficial de la ley y en base a su deber constitucional de velar para que las leyes del Estado sean uniforme y adecuadamente cumplidas (*Cal. Const., art. V, § 13*)", éste inició acciones solicitando principalmente que la Corte estatal se avocara a considerar la ilegitimidad de las nupcias contraídas en San Francisco, compeliere a los demandados a ejercer sus deberes ministeriales en los términos de la ley californiana; y, en su caso, los emplazara preventivamente a abstenerse de expedir licencias hasta tanto se definieran los procesos antes referidos (autos "*Bill Lockyer, Attorney General of the State of California v. City and County of San Francisco, Gavin Newsom, in his official capacity as Mayor of the City and County of San Francisco; Mabel S. Teng, in her official capacity as Assessor-Recorder of the City and County of San Francisco; and Nancy Alfaro, in her official capacity as the San Francisco County Clerk*").

En su presentación, la Fiscalía adujo que en ese original proceso se presenta un asunto legal de la mayor importancia para el Estado de California, reclamando la inmediata intervención de la Corte para mantener la vigencia de la ley y la estabilidad del sistema de gobierno. El tema, dijo, es si la ciudad y el condado de San Francisco pueden desconocer las leyes del Estado de California con las cuales no concuerdan, y alentar unilateralmente otras, basados simplemente en la creencia, sin ninguna determinación judicial de contralor, de que dichas leyes son inconstitucionales. Sostuvo la inconsistencia de tal proceder con los preceptos del sistema, construído sobre el respeto por la ley, cuya modificación se da a través de la legislatura o por el voto del pueblo.

El 11 de marzo de 2004, se expidió el orden de informar al tribunal y suspender la actuación *in re Thomasson y Proposition 22*, sin perjuicio de la acción de fondo en la que se impugnaba la constitucionalidad de los estatutos californianos relativos al matrimonio (*Lockyer, supra*, 33 Cal.4th at pp. 1073-1074).

El 12 de agosto de 2004, la Suprema Corte local falló en el caso *Lockyer*, en el sentido de que los funcionarios de San Francisco ejercieron sus facultades al expedir licencias matrimoniales a parejas homosexuales, debiendo cumplirse la ley mientras no se encontrara

judicialmente determinada su inconstitucionalidad (33 Cal.4th p. 1069, 1120). La mayoría de la Corte también concluyó que aproximadamente 4.000 matrimonios celebrados en San Francisco eran nulos y sin efectos legales (*id.* p. 1069, 1071, 1114.). Aclaró, sin embargo, que lo decidido no juzgaba sobre la regularidad de la limitación legal (*id.* p. 1069; *id.* p. 1125 [*conc. opn.* Moreno, J.]; *id.* p. 1132–1133 [*conc. y dis. opn.* Kennard, J.]). En votos separados, los jueces Kennard y Werdegar estimaron que la validez de los matrimonios ya celebrados debería prolongarse hasta tanto se resolviera la cuestión de constitucionalidad (33 Cal.4th p. 1131–1133 [*conc. y dis. opn.* Kennard, J.]; *id.* p. 1133–1136 [*conc. y dis. opn.* Werdegar, J.]).

Hago aquí un paréntesis para señalar que de este precedente se sirvieron los jueces del Estado de Nueva York. En efecto, con la carátula “*Matter of Robert Hebel v. Jason West*” (index N° 04–0642, e index N° 04–1915), se abrieron dos procesos ante la Corte del Condado de Ulster. Uno, contra el alcalde de la Villa de New Paltz, quien había celebrado matrimonios homosexuales sin las pertinentes licencias, por entender que la cualificación heterosexual es inconstitucional. El juez Michael Kavanagh JSC dispuso el cese de dicha conducta (7/6/2004), mas otros funcionarios continuaron con la línea del alcalde, lo cual dio origen a una segunda demanda, donde se requirió la nulidad de las nupcias así celebradas y una prohibición que abarcara a la totalidad de los oficiales de la localidad. Esta última acción también prosperó, aunque parcialmente, puesto que la nulidad no se había sustanciado con las parejas eventualmente afectadas (30/11/2004). En segunda instancia, la División Apelaciones de la Suprema Corte (3° Departamento Judicial), con voto del juez Lahtinen, confirmó la medida, sin entrar a considerar el ajuste constitucional de la *Domestic Relations Law*, que juzgó un asunto ajeno. En cambio, aceptó la legitimación de los actores en orden al gran interés público del conflicto, pues los oficiales estarían modificando a su arbitrio una ley sin la debida intervención legislativa, y hurtando las potestades judiciales en el control de constitucionalidad (27/10/2005, reg. 97432/97433; v. asimismo 4 Misc. 3d 605, 780 NYS 2d. 723 NY Just. Cit [2004]).

Volviendo al caso californiano, cabe aclarar que el asunto de fondo se ventiló en seis causas acumuladas (conocidas como “*Marriage cases*” *Coordinated Proceedings, Special Title [Rule 1550(c)]*, No. 4365, 2005 WL 5833129 [Cal. Super. Ct., Mar. 14, 2005]); declarándose en primera instancia, la inconstitucionalidad del régimen (*Superior Court, tenta-*

tive decision, proceeding N° 4365; 14/3/2005; “Woo / Martin v. State of California”, “City and County of San Francisco v. State of California”, “Clinton v. State of California”, “Proposition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and County of San Francisco”, “Randy Thomasson v. Gavin Newsom” y “Robin Tyler v. County of Los Angeles”; también identificadas como “City and County of San Francisco v. State of California” A110449 [“S.F. City & County Super”, Ct. No. CGC-04-429539]; “Tyler v. State of California” A110450 [L.A. County Super. Ct. No. BS-088506]; “Woo v. Lockyer” A110451 [S.F. City & County Super. Ct. No. CGC-04-504038]; “Clinton v. State of California” A110463 [S.F. City & County Super. Ct. No. CGC-04-429548]; “Proposition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and County of San Francisco” A110651 [S.F. City & County Super. Ct. No. CPF-04-503943]; “Campaign for California Families v. Newsom” A110652 [S.F. City & County Super. Ct. No. CGC-04-428794]).

Como fundamento de su sentencia, el juez Kramer manifestó que –aunque es inexorable que las categorías legales, propias del ejercicio del poder de policía estatal, entrañen ventajas para unos y desventajas para otros–, dichas distinciones deben congeniar con el principio de igual protección ante la ley.

Consideró que el hecho histórico, cultural o tradicional, no es motivo suficiente como para justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo respecto de la calidad de esposos. Agregó que la mera extensión de los beneficios del matrimonio (vigente en California desde el 1º/I/2005, merced a la llamada *Domestic Partner Act* [Family Code, § 297.5, *subdivision* “a”]) no es un remedio adecuado, y lleva a concluir que, en realidad, el Estado carece de un interés legítimo para vedar el acceso a ese estatus legal. Trajo a colación el concepto de “separados pero iguales” empleado por la Corte federal *in re* “*Brown v. Board of Education of Topeka*” (1952; 347 US 483, 494); y restó virtualidad a los antecedentes legislativos, entre ellos, a la Proposición 22. Adicionalmente, desestimó el argumento relativo al criterio jurisprudencial sentado en torno a que la procreación fuera, para California, una finalidad del matrimonio.

Estimó que el Código de Familia crea una clasificación basada en el género (igual género contra género opuesto), que –por ser “sospechosa”– debe evaluarse en base al *test* de escrutinio estricto. Dicha clasificación afectaría, asimismo, un derecho humano fundamental, cual es la facultad de casarse con quien se elija. Afirmó que ese dere-

cho, reconocido en los Estados Unidos por la Suprema Corte y por las cortes locales, no puede restringirse sino por razones legítimas, como sería la prohibición del incesto, que se basa en un objetivo social de importancia y no discrimina en función de categorías arbitrarias.

Sostuvo que, aun cuando alentar la procreación pudiera verse como un fin obligado y racional, el Estado debería demostrar que la diferenciación legal es necesaria en orden a la consecución de ese fin. En ese sentido –además de aclarar que las parejas del mismo sexo pueden tener hijos, por varias vías–, entendió que la ley es abiertamente arbitraria, por la disparidad de tratamiento respecto de las parejas de sexo opuesto, las que pueden acceder al matrimonio aunque no sean fértiles o no busquen concebir hijos.

A su tiempo, la Corte de Apelación –Primer Distrito, Tercera División– (A110449, A110450, A110451, A110463, A110651, A110652; JCCP No. 4365), en un extenso fallo dictado por mayoría el 10 de mayo de 2006 (juez preopinante P. J. Mc Guinness), prologó su decisión haciendo referencia a la significación del pronunciamiento, que comporta –dijo– aventurarse en lo que definió como la tormenta de un feroz debate nacional.

Resolvió, en definitiva, que ningún derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra reconocido; que la ley impugnada no incurre en discriminación de género ni infringe otros derechos constitucionales; y que es legítimo el interés público en sostener la voluntad de los ciudadanos en pos del concepto de matrimonio admitido de consuno a través del tiempo. Sin perjuicio –agregará luego– de que pueda tenerse al matrimonio como una institución en evolución, su naturaleza históricamente verificada debe informar la consideración del caso legal (parág. 16). Simplemente, resumió, el hecho es que (a diferencia del connubio interracial, que –aunque prohibido– no era visto como una entidad ajena), el matrimonio de dos personas del mismo sexo, nunca ha existido; sin que pueda decirse, sólo a partir de la consagración que hizo la Corte de Massachusetts poco tiempo antes, que esa figura está tan profundamente arraigada en la conciencia nacional, como para tenerla por acreedora de la tutela constitucional.

Aseveró que “...California no ha privado a los ciudadanos *gay* y lesbianas de un derecho del que previamente hubiesen disfrutado; las

parejas del mismo sexo nunca antes han tenido el derecho de contraer matrimonio civil. También está fuera de disputa que en nuestra sociedad históricamente la idea de matrimonio apuntó a la unión de un hombre y una mujer. Estos hechos no significan que la naturaleza del matrimonio no pueda cambiar, o no deba cambiar, pero ellos limitan nuestra habilitación como corte para efectuar ese cambio. Los apelantes están pidiendo a esta corte que reconozca un nuevo derecho. Las Cortes, simplemente, no tienen autoridad para crear nuevos derechos, especialmente cuando hacerlo implica cambiar la definición de tan fundamental institución como es el matrimonio. *‘El rol de la jurisdicción no es reescribir la legislación para satisfacer su sentir –por sobre el del Poder Legislativo– de equilibrio y orden’...* “Los jueces [proclamó] no son ‘caballeros errantes vagando a su voluntad en procura de su propio ideal de belleza y bondad’... (*“People v. Carter”*, año 1997, 58 Cal. App. 4th 128, 134.) En otras palabras, los jueces no son libres de reescribir las leyes para que digan lo que a ellos les gustaría, o lo que ellos creen que es una mejor política social”.

“...El papel de la Corte no es definir la política social, es sólo decidir asuntos legales en base a los precedentes y a los antecedentes de la apelación. Los seis casos que tenemos ante nosotros, en definitiva, derivan en la cuestión de quién define el matrimonio en nuestra sociedad democrática. Nosotros creemos que ese poder descansa en el pueblo y en sus representantes electos, y que los tribunales no deben apropiarse para sí del poder de cambiar la definición de tan básica institución social... Nosotros concluimos que la tradicional definición californiana de matrimonio no priva a los individuos de un derecho fundamental legalmente establecido ni discrimina contra una clase ‘sospechosa’, y por ende, analizamos el estatuto matrimonial para determinar si el requisito atinente a la diferencia sexual guarda correlato racional con un legítimo interés del gobierno. Acordando a la Legislatura la extrema deferencia que aquella pauta interpretativa requiere, concluimos que los estatutos matrimoniales son constitucionales...”. Podrá llegar el tiempo, dijo, “...en que California elija expandir la definición de matrimonio para abarcar uniones de igual sexo. Ese cambio debe venir –sin embargo– de un proceso democrático, no por mandato judicial...”.

El 15 de mayo de 2008, la Suprema Corte de California –en fallo dividido–, se pronunció *in re* “*Marriage Cases*”, dejando sin efecto la sentencia de su inferior. En síntesis, declaró: a) que las cláusulas *privacy* y *due process* de la Constitución estatal, garantizan el derecho civil bá-

sico del matrimonio a todos los individuos y parejas, con independencia de su orientación sexual; b) que –a los fines de determinar el estándar de revisión aplicable, para el análisis de la garantía de igualdad de la Constitución local–, la discriminación basada en la orientación sexual, no está alcanzada por la prohibición constitucional contra la discriminación en razón del sexo; c) que, sin embargo, la orientación sexual representa una clasificación sospechosa en orden a esa última garantía, con lo cual, la ley que distingue en virtud de la orientación sexual, está sujeta a un escrutinio estricto; d) que ese trato diferencial tropieza contra el interés privado fundamental de las parejas homosexuales en gozar de una relación familiar oficial, con igual respeto y dignidad; e) que las previsiones del Código de Familia limitativas de la designación matrimonial, no son necesarias para satisfacer un apremiante interés público, por lo que violan la cláusula de protección igualitaria, debiendo eliminarse del estatuto por resultar inconstitucionales.

Para así concluir, el tribunal reflexionó sobre el derecho en pugna, como una prerrogativa fundamental incorporada a la Constitución californiana, cuyo contenido ha evolucionado a través de las décadas. Volvió sobre el precedente de esa Corte, “*Pérez v. Sharp*”, haciendo notar que el examen debe focalizarse en “la naturaleza y sustancia del interés”; y reiterando la idea de que el matrimonio implica “...el derecho de un individuo a establecer una familia legalmente reconocida, con la persona de su elección, y es, por ello, de esencial importancia tanto para la sociedad como para el individuo...”.

Remarcó la vertiente personal, apuntando que el *ius connubii* es un derecho básico, constitucionalmente protegido, que corresponde a la autonomía de todos los hombres y mujeres libres.

Se hizo cargo de que en California, el matrimonio siempre ha estado anudado a la unión intersexual, pero repuso que esa tradición no comporta *per se* suficiente justificación para perpetuar, sin mayor análisis, la restricción de un derecho amparado constitucionalmente.

Señaló que el Estado puede transformar su propia apreciación y comprensión de la homosexualidad, aceptando ahora que esos individuos son plenamente capaces de entrar en la clase de compromiso amoroso y duradero que sirve como pilar de una familia. Rechazó los argumentos en torno a que el derecho a casarse está necesariamente conectado a la posibilidad de procrear, explicando que los hombres y

mujeres que desean criar hijos con su ser amado, pero están físicamente impedidos de concebir un niño con esa persona, nunca serían excluidos de su derecho al matrimonio.

Juzgó que el interés estatal no satisface el *test* estricto de constitucionalidad, desde que no está claro que la medida impugnada sea necesaria para proteger los derechos de aquella gente que sí puede casarse, de modo que al extender el concepto, no se privará a ninguna pareja heterosexual de concebir hijos o de cualquiera de los derechos y beneficios derivados del estatus matrimonial.

En septiembre de 2005 –pocos meses después de haber sido rechazado por cuatro votos–, el Congreso aprobó el proyecto de eliminación del referente sexual (AB 849; 41 votos contra 35). Sin embargo, fue vetado por el gobernador en vista, principalmente, de que el legislador no podía acometer dicha reforma sin verificar la opinión de los electores (*Governor's veto message to Assem. on Assem. Bill N° 849* [29/9/2005], *Recess J. N° 4* [2005-206 Reg. Sess.] pp. 3737-3738; como antecedentes pueden leerse “*Knight v. Superior Court*” [2005] 128 *Cal.App.4th* 14, 18; “*Ballot Pamp., Primary Elec.*”, 7/3/2000, en torno a la Prop. 22, p. 52.; “*Proposition 103 Enforcement Project v. Quackenbush*” [1998] 64 *Cal.App.4th* 1473, 1483-1484, 1487).

El pasado 4 de noviembre de 2008, un nuevo *referendum* ha confirmado la tendencia restrictiva de su homólogo del año 2000, resultado al que se sumaron –según recordamos más arriba–, los Estados de Arizona y Florida.

k) Como se vio en el acápite 2.2.A, Connecticut fue uno de los cuarenta y cinco Estados de la Unión que realizaron modificaciones estatutarias tendientes a mantener el componente heterosexual del matrimonio (*Connecticut General Statutes Ann.* §45a-727a).

Paralelamente, se adoptó allí el sistema de unión civil. Al hacerlo, se explicitó la política pública en el sentido de que la ley de derechos *gay* no debía tomarse “(1) para entender que el estado de Connecticut cohonesta la homosexualidad o la bisexualidad o cualquier otro estilo de vida similar, (2) para autorizar la promoción de la homosexualidad o bisexualidad en las instituciones educativas o requerir su enseñanza como un aceptable estilo de vida, (3) para autorizar o permitir en la administración el uso de cuotas numéricas, u otro tipo de programas de acción positiva, con respecto a la homosexualidad o bisexualidad...,”

(4) para autorizar el reconocimiento del derecho al matrimonio entre dos personas del mismo sexo, o (5) para establecer la orientación sexual como una específica clasificación cultural en la sociedad”.

El Procurador General de ese Estado, en la opinión legal emitida el 20 de septiembre de 2005, manifestó que la Asamblea General de Connecticut ha determinado específicamente que los matrimonios homosexuales son contrarios a la ley doméstica; con lo cual, los que se hubiesen llevado a cabo en Massachussets o en cualquier otro Estado, violan la política pública expresamente enunciada y no es preciso su reconocimiento en los términos de la cláusula federal de plena fe y crédito, sin perjuicio de que esas parejas se avengan a ingresar en la unión civil prevista por el régimen local. Estimó claro que Connecticut no admite aquella clase de matrimonio, porque la ley explícitamente lo define como “la unión de un hombre y una mujer” (P.A. 05-10, § 14). Transcribió lo expresado por el representante Lawlor al introducir el proyecto ante la legislatura:— “Esta ley tiene en mira y específicamente... reconoce la actual política pública de que el matrimonio tiene lugar entre un hombre y una mujer. Y si alguien quisiere en el futuro, algún miembro de la Suprema Corte o algún otro tribunal, saber qué piensa esta legislatura al sancionar la unión civil, estarán errados en concluir que fue nuestra intención, de algún modo, acceder a que las parejas del mismo sexo puedan casarse. Esa no es la intención de esta ley. Y yo espero que eso quede suficientemente claro” (48 Conn. H. R. Proc., pt. 7, 2005 Sess. 1875-1876; 13/4/2005; conf. asimismo intervención del Representante O’Neill [en las notas 45, 47, 48 y 50 del primer voto de “Kerrigan” puede verse algo sobre los discursos de los legisladores]).

En “*Rosengarten v. Downes*” (71 Conn. App. 372, 802 A.2d 170; Conn. App. Ct. 2002 [Conn. 2002]), la Corte Superior del Distrito de Stamford/Norwalk había decidido que no estaba revestida de plena jurisdicción para disolver una unión civil integrada en Vermont, al no tratarse de un asunto de relaciones familiares, por lo que desestimó *in limine* la demanda (4/3/02). La Corte de Apelaciones coincidió con ese temperamento (30/7/02) y la Suprema Corte local rechazó *sua sponte* el recurso interpuesto (31/12/02).

Poco tiempo ha, el máximo tribunal estatal se ha pronunciado expresamente en el caso de ocho parejas homosexuales “*Kerrigan Elizabeth v. Connecticut St. Of or Commissioner of Public Health*” (CV-04-4001813-S; SC 17716 [28/10/2008]). Tanto lo dividido del fallo como las nutridas citas jurisprudenciales que contiene, vuelven a

hacer patente la disparidad de puntos de vista, no sólo sobre el fondo del asunto, sino también respecto de la metodología aplicable en la tarea hermenéutica (v. esp. puntos II a IV y notas 63 y 65 del voto en mayoría—), sobre la orientación sexual como categoría no incluida en la Constitución, sobre el peso de la evolución social en la lectura de las normas constitucionales, y sobre la incumbencia misma de la judicatura frente al legislativo.

El juez de primera instancia de *New Haven* había desestimado la demanda, haciendo pie sustancialmente en que no existe agravio constitucional, dada la equiparación que comporta el mecanismo de la unión civil (*General Statutes* § 46b-38nn).

La Corte revocó ese fallo, por mayoría de cuatro votos contra tres. El juez Palmer (con el que concurrieron los jueces Norcott, Katz y Harper), admitió la cuestión constitucional en tanto el legislador ha separado a este grupo para ubicarlo dentro de un régimen especial, incidiendo en uno de los derechos esenciales de la persona, cual es el de contraer matrimonio. Adhirió a la idea de que la terminología no es inocua, y de que —a través del distingo legal— se ha relegado a un conjunto de individuos a un nivel inferior, negándoles el acceso a una designación histórica de gran significación cultural, y privando a la relación familiar oficial de las parejas del mismo sexo de la dignidad que se atribuye a las otras. Estimó por ello que la norma no puede eludir la revisión constitucional, bajo la doctrina conocida como “separados pero iguales”. Encontró que las condiciones de las parejas hétero y homosexuales tienen suficiente similitud como para investigar si las diferencias justifican el trato desigual; y —a la luz de la multitud de características en común que en su criterio están presentes—, concluyó que las condiciones de ambas son análogas.

La política gubernamental, dijo, “...que es inaudita frente a las variadas medidas antidiscriminatorias que se promulgaron, representa una desaprobación —con patrocinio estatal— de las relaciones homosexuales y, consecuentemente, sirve para socavar la legitimidad de esas relaciones, para perpetuar sentimientos de inferioridad personal e inadecuación entre las personas gay, y para disminuir el efecto de las leyes antidiscriminación. Ciertamente, la intencionada descripción de la homosexualidad como un ‘estilo de vida’ no asimilado por el Estado, estigmatiza a las personas *gay* e iguala su identidad con una conducta que es desfavorecida por el estado”.

Con cita de “*Hernandez v. Robles*” (7 N.Y.3d 394 y 395 [disidencia de Kaye, C. J.]); “*Goodridge v. Dept. of Public Health*” (440 Mass. 348 [voto concurrente de Greaney, J.]), “*Marriage Cases*” (49 Cal. Rptr. 3d 75), “*Bowers v. Hardwick*” (478 U.S. 210 [disidencia de Blackmun, J.]), “*Metropolitan Life Ins. Co. v. Ward*” (470 U.S. 869, 882 n.10, 105 S. Ct. 1676, 84 L. Ed. 2d 751 [1985]); “*Romer v. Evans*” (517 U.S.633), “*Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc*” (473 U.S. 447), “*Lawrence v. Texas*” (539 U.S. 577), y “*Palmore v. Sidot*” (466 U.S. 429, 433, 104 S), desestimó las motivaciones históricas o morales como sustento de un interés público valedero.

A partir de la premisa de que los estatutos creados *ad hoc* no satisfacen un trato igualitario, y de la historia de discriminación pernicioso enfrentada por gays y lesbianas, determinó que la segregación comporta un daño palpable. Concluyó que el esquema legal discrimina a las personas homosexuales en razón de su orientación sexual; y que el Estado no dio razones suficientes que justifiquen su exclusión de la institución matrimonial, por lo que dicha previsión es deficiente bajo un nivel intermedio de escrutinio constitucional.

Parfraseando a la Corte federal, los jueces apuntaron que “...‘al estar comprometidos en la interpretación de nuestra constitución estatal más allá de su tiempo, debemos considerar las cambiantes necesidades y expectativas de los ciudadanos de nuestro estado’... Esta admonición se aplica a la garantía de igualdad consagrada en nuestra constitución no menos que a cualquier otra previsión constitucional. Si bien el derecho a casarse no está enumerado en nuestra constitución, hace mucho que viene considerándose un derecho civil básico... *Loving v. Virginia*, supra, 388 U.S. 12 (‘[el m]atrimonio es uno de los derechos civiles básicos del hombre ...’; *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541, 62 S. Ct. 1110, 86 L. Ed. 1655 [1942])... Aunque tradicionalmente hemos considerado ese derecho limitado a la unión entre un hombre y una mujer... [y] esa fue una vez la visión prevalente, nuestra comprensión convencional del matrimonio debe ceder a una apreciación más contemporánea de los derechos acreedores de protección constitucional...”.

D) En el conocido caso “*Goodridge*”, del 18 de noviembre de 2003 (“*Hillary Goodridge & others [FN1] v. Department of Public Health & another [FN 2]*”; SJC-08860 –*Cite as* 798 N.E.2d 941 [Mass. 2003] 440 Mass. 309), el máximo tribunal del Estado de Massachussets –otra vez, en fallo dividido–, revocó la sentencia del Juez Thomas E. Connolly

(Corte Superior Departamental del Condado de Suffolk), e hizo lugar a la demanda instaurada por varias parejas del mismo sexo, a quienes se había negado la expedición de sendas licencias matrimoniales. En primera instancia, el juez Connolly había declarado que la Carta estatal no garantiza el derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo; y que la prohibición impugnada propende razonablemente a concretar el legítimo interés de la Legislatura, en salvaguardar del propósito primario del matrimonio, que es la procreación. Por ende, la ley puede razonablemente limitar el matrimonio a las parejas de sexos opuestos, por ser genéricamente capaces de procrear.

Llegado el expediente a la Corte, la juez Marshall prologó su voto como preopinante, valorando al matrimonio como institución social vital. “La cuestión ante nosotros [expuso] es si, en consistencia con la Constitución de Massachussets, el *Commonwealth* puede denegar la protección, beneficios y obligaciones conferidas por el matrimonio civil a dos individuos del mismo sexo que desean casarse”.

Al responder negativamente, como lo hizo, tuvo en cuenta que “[la] Constitución del Estado afirma la dignidad y la igualdad de todos los individuos. Prohíbe la creación de ciudadanos de segunda clase. Para llegar a nuestra conclusión hemos prestado suma atención a los argumentos presentados por el *Commonwealth*, pero éste ha fallado en identificar alguna razón constitucionalmente adecuada para [la exclusión]...”.

Hizo alusión a las convicciones religiosas, morales y éticas de unos y otros, pero entendió que ellas no contestan a la cuestión legal y, con cita de “*Lawrence v. Texas*” anunció que “[n]uestra obligación es definir la libertad de todos, no hacer valer nuestro propio código moral”.

Reconoció que la interpretación legal derivada del *common law* y admitida unánimemente desde antiguo, ubica al connubio como la unión legal de un hombre y una mujer. Pero la historia, arguyó, no puede ni debe clausurar la cuestión constitucional.

A los fines de ese análisis, adujo que el matrimonio civil disfruta de un estatus dual –en algún sentido, paradójico– toda vez que confiere beneficios con correlativas obligaciones, y conlleva un multifacético interés personal de importancia primordial. El derecho al matrimonio, dijo, “...es diferente de los derechos considerados ‘fundamentales’ a los

efectos de las cláusulas *equal protection* y *due process*, porque el estado puede, en teoría, abolir todo el matrimonio civil...”. Admitió, asimismo, que esta institución está sujeta al poder de policía y que la potestad regulatoria del *Commonwealth* en este campo es amplia, como lo es su discrecionalidad para adjudicar beneficios públicos.

Rescató, no obstante, los aspectos personales del matrimonio, que hacen que “...la decisión de si y con quién casarse, esté entre los más trascendentes actos de autodefinición de la vida...”. En ese orden, insistió luego con que esa determinación, junto con las que hacen a “... cómo expresar la intimidad sexual, si y cómo establecer una familia, se cuentan entre las más básicas de todas las libertades individuales y derechos al debido proceso asegurados por la Constitución...”.

Prosiguió exponiendo que, al ser el matrimonio “...central para las vidas de los individuos y el bienestar de la comunidad, asiduamente las leyes protegen el derecho de los individuos a casarse contra la incursión gubernamental indebida; las leyes no deben interferir directa y sustancialmente con este derecho”. Y apreció que “[e]l derecho a casarse, o a elegir casarse, es el núcleo de la privacidad y autonomía personales, que reside en el individuo antes que en la pareja...”.

Ponderó que la Constitución local protege celosamente los asuntos de libertad personal contra la intromisión estatal. Ella resguarda, señaló, tanto la “libertad contra” la injustificada intrusión estatal en las esferas tuteladas de la vida, como la “libertad para” participar en los beneficios creados por el estado para el bien común.

Declaró que resulta central para la libertad personal, garantizada constitucionalmente, la seguridad de que las leyes serán aplicadas igualitariamente a las personas en situaciones similares. En ese sentido, indicó que se “...requiere –como mínimo– que el ejercicio de la autoridad regulatoria no sea arbitraria o caprichosa; sólo otorga poder para sancionar aquellas órdenes, leyes, estatutos, y ordenanzas edificantes y razonables, que no sean repugnantes o contrarias a la Constitución...”.

“...Bajo ambas garantías (igualdad y libertad), la autoridad regulatoria debe, al menos, servir a un propósito legítimo, de un modo razonable; el estatuto debe guardar una relación razonable con una finalidad legislativa permisible...”.

Del *test* en orden a la igualdad, postuló que es necesario que un legislador imparcial pueda creer lógicamente que la clasificación contenida en la ley, sirve a un legítimo propósito público, que ha de resultar más trascendente que el daño causado a los miembros de la clase en desventaja.

Siguiendo con el análisis de racionalidad, entendió que el interés estatal en proveer una estructura favorable para la procreación aparece como inadecuado, desde que –entre otras cosas–, las parejas heterosexuales no son requeridas acerca de su habilidad o intención en ese sentido, ni se condicionan las nupcias a la aptitud generativa, ni se permite el divorcio por infertilidad. El elemento *sine qua non* del matrimonio –aseveró–, pasa por el exclusivo y permanente compromiso de los cónyuges entre sí y no por la existencia de hijos; ni el bienestar de éstos, depende del estatus matrimonial o de la orientación sexual de sus padres.

Descartó también que se haya probado un interés en preservar recursos públicos escasos, pues no se demostró que –en esa área– las parejas homosexuales obedezcan a diferentes patrones; ni son requisitos para contraer matrimonio la recepción de beneficios financieros públicos o privados, o la dependencia económica mutua.

Advirtió que su decisión marca un cambio significativo en la definición del matrimonio (pues lo concibió como la voluntaria unión de dos personas como esposos, con exclusión de cualquier otra), pero aseguró que dicho cambio no ha de ser un disturbio para el valor fundamental de esa institución en la sociedad norteamericana.

Posteriormente, frente a la opinión consultiva promovida por la Legislatura, respecto del proyecto prohibiendo el matrimonio homosexual e implementando la unión civil con iguales derechos y responsabilidades legales, la Corte respondió que no es posible sostener racionalmente la segregación de las uniones del mismo sexo de las de sexo opuesto para animar o preservar el objetivo gubernamental de alentar las relaciones estables entre adultos para el bien del individuo y de la comunidad, especialmente de sus niños (*Opinions of the Justices to the Senate*, 440 Mass. 1201, 802 N.E.2d 565 [Mass. Febrero de 2004]). Acatando esa indicación, en mayo de 2004 el Estado de Massachussets comenzó a expedir licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo.

Finalmente, promovida la enmienda tendiente a que la Constitución local consagrara que “el *Commonwealth* y sus subdivisiones políticas definirán el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer”, ese máximo tribunal consideró que la propuesta del Procurador General era formalmente procedente, sin que la decisión jurisdiccional recaída en “*Goodrigde*” comportara un valladar en ese sentido (“*Schulman Johanna v. Attorney General*” [SJC 09684; 4/5/06-10/7/06]). Con fecha 14 de junio de 2007, la Legislatura rechazó la petición de enmienda (vinculados a dicha iniciativa, v. asimismo casos “*Doyle v. Galvin*” y “*VoteonMarriage.org, et al. v. Di Masi, et al.*”).

3°) América Latina:

3.1.– Bolivia: El Título V de la Constitución política de 1967 (Régimen Familiar), estatuye “Art. 193. Familia. El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado. Art. 194. Igualdad y matrimonio de hecho. El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas. Art. 195. ... Art. 196. Divorcio. En los casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebraren o las proposiciones que hicieren los padres pueden aceptarse por la autoridad judicial siempre que consulten dicho interés. Art. 197. Relaciones familiares. La autoridad del padre y de la madre, así como la tutela, se establecen en interés de los hijos, de los menores y de los inhabilitados, en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad. La adopción y las instituciones afines a ella se organizarán igualmente en beneficio de los menores. Un código especial regulará las relaciones familiares”.

A su turno, el Código de Familia (Ley N° 996/1988), adhiere claramente a la concepción heterosexual del matrimonio del que predica que “persigue la perpetuación de la especie y es base de la familia y ésta de la sociedad y el Estado”. Fulmina con la nulidad a los matrimonios que no han sido celebrados por el oficial público y a aquéllos en que resulte no haber diferencia de sexo entre los contrayentes (v. esp. arts. 55, 68 –incs. 3° y 4° y Anexo inc. 3°– y 78).

3.2.- Brasil: La Constitución de 1988 (Título VIII, Capítulo VII [De la familia, del niño, del adolescente y del anciano]), ubica a la familia en correspondencia con el vínculo intersexual: “Art. 226. La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. 1º) El matrimonio es civil y su celebración es gratuita. 2º)... 3º) A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio. 4º)... 5º) Los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal serán ejercidos con igualdad por el hombre y por la mujer...”.

Por su lado, el Código Civil designa expresamente al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer (arts. 1514 y 1535 de la Ley Nº 10.406/2002). Con las leyes 8971/94 y 9278/96, se otorga efectos a la unión concubinaria, que es concebida como la convivencia duradera, pública y continua de un hombre y una mujer, establecida con el objetivo de constituir una familia (art. 1 ley 9278). Al igual que el matrimonio, este régimen impuso como exigencia la dualidad de sexos.

Desde el año 2001, en distintas localidades de ese país, se han venido dictando normas que hacen extensivos ciertos derechos, por ejemplo, para los empleados estatales convivientes con personas del mismo sexo (v. gr.: Pernambuco –Recife–, Río de Janeiro, Pelotas –Río Grande do Sul– y San Pablo). Mas tarde (año 2004), con la ley de Río Grande do Sul, comenzó a funcionar el sistema de parejas registradas en varios distritos; pero el proyecto de ley federal de *partenariato* presentado en 1995, no se ha votado.

En cuanto a la jurisprudencia, en un principio se ha denegado a este tipo de relaciones cualquier efecto vinculado al estado de familia, a punto tal que en estos asuntos sólo aisladamente comenzó a atribuirse la competencia a los tribunales especializados en la materia, a partir de las decisiones de jueces del distrito de Río Grande do Sul (AI 599.0750496).

No tenemos noticias de que el Tribunal Federal Supremo se haya pronunciado en este punto constitucional. Por su lado, el Supremo Tribunal de Justicia, ha intervenido en casos vinculados a las consecuencias de la llamada “relación homoafectiva” en el campo de la división patrimonial y de la seguridad social. Respecto del primer tema, el criterio que trasciende reiteradamente de sus sentencias es que “...

la unión entre personas del mismo sexo configura una sociedad de hecho, cuya partición de bienes exige la prueba del esfuerzo común en la adquisición del patrimonio” (REsp. 648763/RS – 2004/0042337-7 del 7/12/2006) porque “...resultan inaplicables a la referida relación los efectos jurídicos, principalmente los patrimoniales, con contornos tales como los trazados en el art. 1° de la Ley N° 9278/96” (REsp. 773136/RJ – 2005/0131665-6 del 10/10/2006). En esa misma dirección, ha resuelto que “[l]a primera condición que se impone a la existencia de una unión estable es la dualidad de sexos. La unión entre homosexuales jurídicamente no existe ni para el casamiento, ni para la unión estable...” (REsp. 5025995/RN – 2002/0174503-5 del 26/4/2005).

Ultimamente, frente al rechazo *in limine* de la acción que tendía al reconocimiento de una unión de hecho, el tribunal ha dispuesto –en un extenso fallo dividido– que debía dictarse sentencia de mérito en la causa, desde que –si bien la unión estable está prevista legalmente para los parejas de sexo opuesto–, la de las personas del mismo sexo no está prohibida, por lo que los magistrados no pueden negarse a juzgar sus consecuencias jurídicas sobre la base del vacío legal (REsp. 820475/RJ – 2006/0034525-4 del 2/9/2008).

3.3.– Colombia: La Constitución Política de 1991, proclama que “[l]a familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (art. 42). La ley 54/1990, también concibe a las uniones de hecho como las formadas “...entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho (art. 1°).

En 2007, se aprobó una iniciativa a nivel parlamentario regulando ciertos aspectos patrimoniales de la unión homosexual (v.gr.: derechos sucesorios).

En cuanto a la jurisprudencia, la unión homosexual ha merecido varias decisiones por parte de los más altos tribunales de la rama judicial colombiana (v.gr. Consejo de Estado [Sala Contencioso Administrativa], N° de radicación 2472, del 19/7/2000; Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Civil], N° de radicación 12; Corte Constitucional, sentencia 098/1996; íd. C-481/1998; C-814/2001; SU-623/2001; T-499/2003).

En la precitada sentencia C-098 de 1996, la Corte Suprema había estimado –en orden a las uniones maritales de hecho–, que el tratamiento distinto a las parejas conformadas por un hombre y una mujer y a las uniones homosexuales, no era inconstitucional en razón de las diferencias entre una y otra. Al propio tiempo, entendió que correspondía al legislador adoptar las medidas necesarias para superar la discriminación que la ausencia de protección patrimonial podría implicar para las parejas homosexuales. Y, en la sentencia SU-623 de 2001, expresó que “...a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

Posteriormente, retomando la consideración del tema, ahora con específica referencia al régimen patrimonial de compañeros permanentes (sentencia C-075/07 del 7 de febrero de 2007 [expediente D-6362]), la Sala Plena de la Corte Constitucional, por mayoría, matizó la perspectiva jurídica.

Allí manifestó que la jurisprudencia constitucional colombiana “...en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente...”.

Perfiló el contexto social y jurídico que –en su parecer– permitía detectar un avance en el proceso de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo (entre ellos, la integración del bloque cons-

titucional con los pactos internacionales sobre derechos humanos), y estimó que “...no obstante que en razón de las diferencias que puedan predicarse, no resulta imperativo que el mismo régimen se aplique a ambos tipos de pareja, la ausencia de regulación sí puede considerarse como una imperfección –susceptible de censura constitucional– de un régimen legal que al disponer sobre los efectos patrimoniales de la vida en pareja decide hacerlo exclusivamente en relación con las parejas heterosexuales y omite hacerlo con otro tipo de pareja que tiene presencia en la realidad social y cuya conformación goza de amparo constitucional, a la luz de las normas superiores que protegen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual...”.

“...En la Sentencia C-507 de 2004 la Corte puso de presente que los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos” y que la “...cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales...”.

“...En la situación que ahora es objeto de consideración por la Corte se tiene que la ley, al regular la denominada “unión marital de hecho”, establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas...”.

Concluyó que el régimen patrimonial impugnado “...en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así,

no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado...”.

Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla, adhirieron a la postura mayoritaria en el entendimiento de que ella no modifica la jurisprudencia de esa Corte, en cuanto a que –conforme al art. 42 de la Constitución, y con fundamento en el estudio de los antecedentes históricos que llevaron a la adopción de dicha norma superior–, la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.

En cambio, el juez Jaime Araujo Rentarúa, en su voto disidente, estimó necesario realizar una audiencia de debate público dentro del proceso. Asimismo, tuvo por erróneo que la equiparación se reduzca a los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho –con la consiguiente reducción de la expresión “efectos civiles” contenida en la Ley 54 de 1990–, por entender que la discriminación a las parejas no heterosexuales constituye una violación del principio de la dignidad humana, y –por ende– del derecho a la igualdad y a la libertad. Defendió la tesis del reconocimiento pleno y total de derechos, entendiendo que el legislador no tiene libertad en la configuración de regímenes diversificados.

Por último, el ministro Jaime Córdoba Triviño, precisó que la Corte ha dado un paso más en la dirección marcada por decisiones anteriores y en virtud de las cuales se ha resaltado que el régimen constitucional colombiano proscribía toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual. Por otro lado –atento a que se ha señalado que corresponde al legislador adoptar medidas de protección diversas y graduales, y que si eventualmente entrañan una diversidad de trato, ellas deben obedecer a un principio de razón suficiente–, también aclaró que el pronunciamiento no avala ni censura, desde la óptica constitucional, esas futuras previsiones del legislador, cuyo examen deberá hacerse en su oportunidad.

Según el resumen que hizo la propia Corte, el Procurador General había opinado que “...al tenor del artículo 13 de la Constitución Política,

y con observancia de los tratados y pronunciamientos jurisprudenciales de carácter internacional, es posible concluir que están proscritas todas aquellas conductas que resulten discriminatorias con motivo de la orientación sexual de las personas. Sin embargo, después de una exposición sobre el fundamento de la dignidad humana y sobre la necesidad de que se garantice la libre elección de las opciones vitales, entre las cuales se cuenta la de la alternativa sexual, que forma parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, concluye que, en el caso objeto de estudio, no se encuentra que las normas acusadas desconozcan los derechos de dignidad humana y de libre asociación, ni tampoco que se vea afectado el mínimo vital de las parejas homosexuales, toda vez que, si bien la Ley 54 de 1990 tiene aplicación restrictiva respecto las personas heterosexuales, esta circunstancia responde a la finalidad que la misma buscaba: La protección de la familia natural que compone el núcleo fundamental de la sociedad...”.

“...la Corte Constitucional ha protegido la autodeterminación sexual para que cada individuo pueda elegir las inclinaciones que desee y así se desarrolle libremente como persona, pero *“(...) no por ello el legislador está obligado a efectuar una misma regulación para supuestos de hecho diferentes, como son los de la pareja homosexual y la pareja heterosexual”* ... Es decir que, en la medida en que la relación heterosexual goza de características diferenciadas, entre ellas la conformación de familia, se presenta como un fenómeno distinto de la unión homosexual, que debe tener un tratamiento propio, especial y diferenciado, sin que por ello se transgreda el ordenamiento constitucional...”.

“...los impactos negativos que han sufrido las parejas homosexuales no son producto del contenido del articulado acusado, sino de la falta de una regulación específica respecto a la libre opción sexual y las relaciones entre personas del mismo sexo...”.

“...De esta manera, concluye el señor Procurador, que si bien cabría hacer un exhorto al Congreso de la República para que expidiera una ley que eliminara las injusticias y discriminaciones existentes en relación con los derechos reconocidos constitucionalmente a las personas y parejas homosexuales, como quiera que en la fecha cursa en el Congreso un proyecto de ley referente a la protección social de las parejas del mismo sexo, lo que corresponde es *“...solicitar a la Corte Constitucional que: mientras se dicten las leyes que remedien las discriminaciones a que se encuentran sometidas las personas y parejas homosexuales, y con el fin de garantizar y restaurar los derechos constitucionales que les han sido*

conculcados, se declare la exequibilidad de los artículos 1° y 2° literal a) de la Ley 54 de 1990, modificado por la Ley 979 de 2005, acusadas, pero bajo la condición que no podrán aplicarse como referentes para limitar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a las personas homosexuales y a las parejas del mismo sexo...”.

En el mismo sentido del precedente antes comentado, han ido los fallos C-811/2007 (exped. D-6749), del 3 de octubre de 2007; y C-336/2008 (exped. D-6947), del 16 de abril de 2008, en materia de cobertura de seguridad social (salud y pensión, respectivamente).

3.4.– Costa Rica: El Título V de la Constitución de 1949 (Derechos y Garantías Sociales [Capítulo Unico]), dispone: “*Artículo 51.*– La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido. *Artículo 52.*– El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. *Artículo 53.*– Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él...”.

La ley prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 14, inc. 6°, del Código de Familia) e, incluso, contempla su celebración como delito (art. 176 del Código Penal); preceptos éstos cuya constitucionalidad fue objeto de revisión por parte de la respectiva Sala de su máximo tribunal (resolución N° 2006007262, del 23 de mayo de 2006).

En esa oportunidad, la Corte costarricense opinó que las parejas heterosexuales y homosexuales no implican realidades homogéneas; como así que la ley tuvo el fin legítimo de proteger el tipo de matrimonio adoptado por el constituyente originario. Desechó la concurrencia de discriminación, y tuvo a la distinción legal como objetiva y razonable. Examinó la Constitución y los pactos de derechos humanos, llegando a la conclusión de que, en todos ellos, la institución está reservada al matrimonio heterosexual monogámico, modelo al que obedecen los desarrollos en toda la normativa de las relaciones familiares. Estimó también que esa forma no coarta la libertad individual, puesto que no se afecta a la convivencia homosexual en la esfera privada. Encontró que el derecho fundamental a casarse, reconocido como tal en los pactos internacionales, fue concebido únicamente para la relación intrínseca entre hombre y mujer, por lo que la interdicción cuestionada no violenta dicha garantía. Advirtió, en fin, que la tarea de establecer un

sistema especial para este tipo de parejas –para las cuales rechazó la aplicación del marco jurídico que el constituyente derivado destinó a las parejas heterosexuales–, corresponde al legislador.

3.5.– Cuba: En su capítulo IV, la Constitución cubana (t.o.1992), con el epígrafe “Familia” dice: “art. 35.– El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio. El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones”.

“Art. 36.– El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que este resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos. La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan”.

A su vez, el Código de Familia de 1975 estructura al matrimonio como “...la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común” (art. 2), encontrándose “autorizados para formalizar el matrimonio la hembra y el varón mayores de 18 años de edad...” (art. 3).

En 2007 se gestó un proyecto promoviendo la legalización de las uniones homosexuales.

3.6.– Chile: La ley de matrimonio civil promulgada en el año 2004 mantiene como presupuesto constitutivo la diferencia de sexos, tal como lo hacía la definición del art. 102 del Código Civil (“el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen... con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente” [v. arts. 18 y 80]).

En lo que hace a la jurisprudencia, varios años ha, la Corte de ese país consideró al matrimonio homosexual, como “...contrario al orden público, vulneratorio de la esencia de la institución y factor desquiciante en la constitución de la familia, dentro de la concepción judeocristiana que inspira nuestra legislación en la materia” (sentencia del 12/12/1992, Fallo N° 490).

Durante el año 2007, se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto para sustituir el citado artículo 102, redefiniendo el concepto de matrimonio. El punto 3 de la nota de elevación (“Ideas Matrices”), dice: “El objeto del presente proyecto de ley consiste en modificar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, eliminando dos rasgos o características del precepto vigente. En efecto, la idea matriz es eliminar, por una parte, el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, es decir personas de diferentes sexos, y por otra, la finalidad de procreación del matrimonio. A lo anteriormente expuesto, debe agregarse que el actual concepto de matrimonio del Código Civil representa una exclusión arbitraria respecto de una cantidad importante de habitantes de nuestra República, quienes pretenden celebrar el matrimonio pero con personas del mismo sexo. A su vez, estimamos oportuno excluir la procreación como uno de los objetivos del matrimonio, por cuanto, en la actualidad un porcentaje importantes de los matrimonios, especialmente los más jóvenes, no celebran el matrimonio con el objeto de procrear, sino solamente de vivir en pareja y contraer las obligaciones y ejercer los derechos que provienen de la celebración del matrimonio”. En ese orden, el proyecto consta de un único artículo que reza: “Modifíquese el artículo 102 del Código Civil en el siguiente sentido: a) suprimase la expresión *un hombre y una mujer por dos personas*. b) elimínese la frase *de procrear*” (Nº Boletín: 5780-18; Título: Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio; Fecha de Ingreso: Jueves 20 de Marzo, 2008; Iniciativa: Moción; Tipo de proyecto: Proyecto de ley; Cámara de origen: C. Diputados; Urgencia actual: Sin urgencia; Etapa: Primer trámite constitucional; Subetapa: Primer informe de Comisión de Familia).

3.7.- México: La Constitución Política establece que “...el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos” (art. 4º). La organización de lo relativo al estado civil, se defiere a la ley (art. 130 *in fine*).

Los Códigos civiles consultados, han atenuado en varios aspectos su impronta originaria, pero mantienen la estructura heterosexual para este consorcio humano. Así, el art. 146 del Código del Distrito Federal (t.o. año 2000), lo define como “...la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear

hijos de manera libre, responsable e informada”. El Código del Estado de Morelos, acentúa esos rasgos al aludir a “...la unión voluntaria de un hombre y una mujer sancionada por el Estado, para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente. Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta”.

Crecen, en cambio, las regulaciones *ad hoc*, como la sancionada por la Ciudad de México (Ley de Sociedades de Convivencia –año 2006–), o el Pacto Civil de Solidaridad de Coahuila (año 2007).

3.8.– El Salvador: La Constitución salvadoreña del año 2000, dispone que “[l]a ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos... Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer” (art. 33).

Más recientemente (año 2006), se celebró un Acuerdo Constitucional en orden a la reforma del art. 32 de dicha Constitución, en los siguientes términos: “Se reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado... El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Serán hábiles para contraer matrimonio entre ellos, únicamente, un hombre y una mujer así nacidos, es decir, que tengan la calidad de tales naturalmente, y que cumplan con las demás condiciones que establezca la ley. El Salvador no reconocerá los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países...”.

3.9.– Honduras: La Constitución Política del año 2005, estatuye que tanto el matrimonio como las uniones de hecho, sólo pueden celebrarse y darse entre personas de ambos sexos. Por esta vía, las uniones homosexuales en dicho país no podrán acceder al estatus matrimonial, ni a mecanismos similares, aunque medien intervenciones de “cambio de sexo” o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de legislaciones extranjeras. Transcribo el texto que nos interesa: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. Sólo es válido el matrimonio civil celebrado ante funcionario competente y con las condiciones requeridas por la ley. Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta

efecto el matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras” (art. 112).

3.10.- Paraguay: Su Constitución de 1992 contempla una unión integrada sólo por varón y mujer, y enfatiza su calidad de componente fundamental de la formación de la familia, como sigue: “Artículo 49. De la protección a la familia. La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes. Artículo 50. Del derecho a constituir familia. Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones. Artículo 51. Del matrimonio y de los efectos de las uniones de hecho. La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges. Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley. Artículo 52. De la unión en matrimonio. La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”.

La impronta del Código Civil, ha seguido igualmente el criterio heterosexual (conf. art. 140 inc. g); v. asimismo arts. 4 y 83 ref. 25/6/92, Ley 1183/85).

3.11.- Perú: La Constitución Política de 1993, determina que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley (art. 4º). Dice también que “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (art. 5º).

Por su lado, el art. 234 del Código Civil (1984), reza: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

En el caso José Antonio Álvarez Rojas (exp. N° 2868-2004-AA/TC), con fecha 24/11/2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional ordenó la reincorporación de un efectivo policial que había sido separado del cuerpo en base a dos motivos: uno, la celebración de su enlace sin contar con autorización previa; otro, la falta cometida en razón de que su pareja era una persona que había pasado por una cirugía genital y modificado su nombre de masculino a femenino.

Al solo efecto de evaluar la adecuación constitucional de la norma que impone la autorización policial previa a la celebración de nupcias por parte de los miembros del organismo, es que el Tribunal se ocupó del *ius connubii*, expresando que en el sistema peruano no existe un derecho al matrimonio, sino un instituto jurídico (matrimonio) constitucionalmente garantizado. Declaró que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, está comprendido en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución, que garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desenvolvimiento de la personalidad. “Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”. No abordó, sin embargo, el tópico del género en la institución matrimonial, pues la solución en este aspecto, pasó por un aspecto fáctico (el desconocimiento del recurrente –sancionado en este punto por ofensa al decoro–, de la condición sexual de su pareja).

3.12.– Uruguay: El sistema jurídico de este país sólo reconoce la unión concubinaria homosexual (ley 18.246, del 27/12/2007), a la que aborda como “...la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas –cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual– que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por

matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes...”. A dicha situación se le atribuyen unos efectos parcialmente cercanos a los que generan las nupcias.

3.13.- Venezuela: El artículo 77 de la Constitución de 1999, reserva el matrimonio para la pareja heterosexual, como fruto de un acuerdo deliberado de los congresales, quienes establecieron: “Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”.

A raíz de la solicitud de interpretación formulada por la Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela (N° 190 [exp. 03-2630]), el 28 de febrero de 2008, la Sala Constitucional de su Tribunal Supremo de Justicia ha dicho que desde la reforma constitucional de 1999, la orientación sexual ha quedado comprendida entre los factores de eventual discriminación, cuando tal condición implique colocar a la persona en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad (así, en su calidad de trabajador, de ciudadano, y, en general, respecto del ejercicio de sus derechos individuales –civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos–). Al propio tiempo, declaró que dicho artículo 77 –al otorgar una protección reforzada a favor de determinada categoría de uniones– no es arbitrario, pues la mejora que concede distingue una situación jurídica frente a otras que no son iguales, lo cual no comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones entre personas –de distinto o igual sexo– cuya regulación corresponde al legislador.

Explicaron allí los jueces que “...el derecho a la igualdad implica tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, y... esa desigualdad dependerá de determinadas circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones, que el legislador o, como sucede en este caso, el Constituyente considere relevantes, y que el juez deberá respetar porque es el ámbito de opcionalidad o arbitrio del Legislador o del Constituyente, siempre que no conculque o vacíe de contenido algún derecho fundamental del individuo...”.

“...La igualdad como equiparación rechaza... la discriminación fundada en criterios de diferenciación considerados irrelevantes. El ano-

tado rechazo se funda mayormente en criterios razonables, formados a través del tiempo y asumidos como tales por la ética pública en un momento determinado... En cambio, la igualdad como diferenciación toma en cuenta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares, para –en función igualadora–, dar un trato diferenciado. Aquí no se aplican criterios abstractos, como en el caso anterior, sino que se imponen criterios valorativos o de razonabilidad, con el fin de ponderar si las diferencias advertidas justifican el trato desigual...”.

“...Sin embargo, la determinación de qué hechos o elementos se estiman relevantes, y, por lo tanto, causa justificada de un trato desigual a supuestos de hecho a primera vista similares ... corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad –no de arbitrariedad–, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido...”.

“...Al juez, por otra parte, desde la premisa de que el legislador es el primer intérprete de la Constitución –de allí que le esté vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas–, le corresponde ponderar si la definición o calificación que el legislador haga de las situaciones de facto o las relaciones de vida que deben ser tratadas de forma igual o desigual, no vacíe de contenido el derecho fundamental que se denuncie como conculcado... y ello supone un análisis de si el criterio diferenciador es razonable, esto es, si es tolerable por el ordenamiento constitucional. Luego, cumplida esta fase, el juez se abstendrá de controlar si el legislador, en un caso concreto, ha encontrado la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o más justa, ya que de lo contrario se estaría inmiscuyendo en la mencionada discrecionalidad legislativa...”.

Remataron su discurso destacando “...que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona ... Así, es pertinente poner de relieve que no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer–...” .

4º) Oceanía:

4.1.- Australia:

La subsección 5(1) de la Ley de Matrimonio, estructura a este instituto como "...la unión de un hombre y una mujer con exclusión de cualquier otro, asumida voluntariamente...". En función de ello, las instrucciones del Procurador General de ese país al transmitir las pautas del *Australian Marriage Celebrants Program*, indican que, conforme a la ley australiana, no es posible contraer enlace entre personas del mismo sexo; como así que las uniones de ese tipo celebradas en extraña jurisdicción, no son reconocidas. Se aclara también que no es ilegal realizar una ceremonia de compromiso, mas ese acto no ha de tomarse como un matrimonio legal.

Por otro lado, puede constatarse un aumento en el nivel de reconocimiento en otros aspectos, por ejemplo, a través de la llamada *domestic relationship* (New South Wales –NSW– *Domestic Relationships Act* [1994]); de ciertos beneficios a nivel laboral (Queensland – *Industrial Relations Act* [1994]); del derecho sucesorio (territorio de la capital australiana); del derecho de daños (NSW, *Victims Compensation Act* [1996]); del derecho procesal (NSW, *Criminal Procedure Act* [1986]); o del derecho migratorio (plano en el que, desde 1995, se habilita el patrocinio de la pareja del mismo sexo a esos fines {*Migration Regulation – Commonwealth*} [1993]).

Hacia esos mismos años, comienzan a aparecer fallos referidos a las repercusiones jurídicas de la relación homosexual (v.gr.: en 1996, la Suprema Corte de Nueva Gales del Sur, admite a estas uniones con miras al derecho alimentario de los niños nacidos mediante concepción asistida [*W. v. G.*; 1996, 20 Fam. LR 49]).

En el digesto parlamentario N° 155/2003-04, preparado para el debate de la ley de enmienda a la legislación matrimonial consagrando expresamente la reserva heterosexual (Bill 2004), se evalúa que los jueces oscilan entre adherirse estrictamente a la definición del *common law* (según la tradicional noción de Lord Penzance en "*Hyde v. Hyde*") o dejarla librada a la prescripción legislativa (v. esp. p. 7 y 8 y sus notas 11 a 17).

En 2006, el Parlamento australiano elaboró una ley que habilitaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero –en uso de sus

facultades constitucionales—, el Gobernador General del país la vetó, arguyendo centralmente la incompatibilidad con la norma del año 2004, que reafirmó la definición de matrimonio como la unión de un varón con una mujer.

En cuanto a los *leading cases* originados por denuncias contra este país ante la ONU, véase el cuerpo principal de este dictamen, en su punto IV.

4.2.— Nueva Zelanda: En este país, mientras que el matrimonio se reserva a la pareja heterosexual, en el año 2003 se ha introducido la ley de unión civil, con un sistema de registro. Esta norma fue precedida por el otorgamiento de beneficios específicos a las parejas del mismo sexo (v.gr., las leyes de propiedad, violencia en el hogar, acoso, seguro de accidentes, electricidad o reestructuración de la vivienda). La Carta de Derechos neozelandesa de 1990 (BORA) y la Ley de Derechos Humanos de 1993 (enmendada en 2001), aluden —en diferentes rangos— a la discriminación en base a la orientación sexual.

En cuanto a la jurisprudencia, en “*Quilter and Ors v. Attorney General*” (Corte de Apelaciones [1998, 200/96, 1NZLR 523]), los cinco integrantes del tribunal fueron contestes con el preopinante, juez Tipping, en que el sentido estatutario de la ley es patente y no permite interpretar que en ella pueda caber el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La mayoría (jueces Keith, Richardson y Gault), avalando el fallo de la instancia anterior, ha entendido que la denegatoria de la licencia matrimonial a parejas homosexuales no transgrede el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ni el derecho a la no discriminación, en los términos de la sección 19 de la BORA.

La sentencia llamó la atención sobre la naturaleza de dicho principio, particularmente en lo referido a que no todas las distinciones son discriminatorias; y dijo que —para evitar que la igualdad devenga en un concepto vacío—, se requiere efectuar una aplicación contextual. Ubicó a la Carta de Derechos en su marco histórico e internacional, concluyendo que la intención del legislador no ha sido efectuar, por esta vía indirecta, un cambio notable en una institución —social, religiosa, pública y legalmente fundamental—, ni en el vasto panorama de consecuentes que surgen del matrimonio.

El juez Keith agregó que el caso “*Toonen*” no resulta determinante, ya que el juicio formulado en ese entonces, giró alrededor de leyes que criminalizaban la relación sexual consensuada entre adultos, situación que el Comité de Derechos Humanos tildó como una irrazonable interferencia en el *right of privacy*. Además de la jurisprudencia del Comité, analizó el plan y la redacción del PIDCP, así como los trabajos preparatorios, sin encontrar ningún aspecto que llevara a pensar que la configuración del matrimonio como heterosexual comportase una violación de ese instrumento internacional. En cuanto a la doctrina especializada, citó a Harris-Joseph: “*The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*”, U.K., *Oxford University Press*, 1995, pág. 507 (“Parece claro que quienes redactaron el texto no previeron los matrimonios homosexuales en las disposiciones del párrafo 2 del artículo 23”).

La minoría (jueces Tipping y Thomas), estimó que si el acto objeto tiene por efecto distinguir sobre una de las bases prohibidas por la Carta de Derechos, entonces, debe considerarse *prima facie* (Tipping) o abiertamente (Thomas) discriminatorio. Arguyó que el Parlamento ha encargado a los tribunales, la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, incluido el derecho a la no discriminación. Aunque –aseveró el juez Thomas–, cualquier cambio en la ley debe dejarse al legislador, sería un serio error no proclamar una violación, si y cuando se encuentre que esa violación existe.

En el reporte anual de la Corte correspondiente al año 1997 (marzo de 1998), se resalta expresamente que las visiones divergentes en punto a la discriminación, son indicativas de la complejidad del tema que subyace en el caso (pág. 10).

Este litigio fue llevado ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que –según hemos visto en el punto IV–, mantuvo el criterio del Estado neozelandés (caso “*Joslin v New Zealand*”).

5º Africa:

En este continente, se conoce especialmente la experiencia de Sudáfrica, donde las uniones homosexuales no sólo eran excluidas de toda forma de protección legal, sino que resultaban punibles penalmente.

En el terreno civil, el *common law* tenía al matrimonio como “...la unión de un hombre y una mujer con exclusión de otros mientras dure” (*Marriage Act* de 1961 sección 30 [1]).

Con el advenimiento de la democracia, entró en vigencia la Constitución de 1994, cuya Sección 9 (1) y (3) proclama “[t]odos son iguales ante la ley y tienen el derecho a igual protección y beneficios de la ley” y “[e]l Estado no puede discriminar a nadie injustamente, directa o indirectamente, sobre una o más bases, incluyendo raza, género, sexo, embarazo, estado marital, origen social o étnico, color, orientación sexual, discapacidad, religión, conciencia, creencias, cultura, lenguaje y nacimiento”.

Desde ese entonces, el Parlamento comenzó a elaborar normas regulando distintos efectos de la convivencia homosexual. Y, en ese contexto, con fecha 14 de diciembre de 2006, vino a consagrar la posibilidad de que el matrimonio se contraiga entre dos personas, cualquiera sea su género.

La reforma fue también el producto de una intervención jurisdiccional (CCT 60/04; “*Minister of Home Affairs v. Marié Adriana Fourie & Cecelia Johanna Bonthuys*”). En ese caso, el tribunal de primera instancia había atribuido carácter perentorio a la fórmula legal que privilegia la diferencia sexual, afirmando que –al compeler al Estado a registrar un supuesto matrimonio homosexual–, se le impone un actuar ilegítimo. Hasta allí, no se había atacado debidamente la constitucionalidad de las previsiones legales, lo cual comportaba un obstáculo para la concesión del remedio buscado. Por todo ello, la demanda fue rechazada.

Al desestimar la intervención directa del más alto tribunal del país, además de otros puntos formales, se tuvo en mira la complejidad y relevancia de una revisión que pone en juego la conformidad constitucional del *common law* y las reglas legales que rigen al matrimonio. En ese sentido, se destacó la importancia del matrimonio en la esfera personal y familiar; y la trascendencia individual y social del diseño estatutario que lo rige. Devuelta la causa, la Suprema Corte de Apelaciones (SCA), expresó que los tribunales están obligados a interpretar la ley de acuerdo con el espíritu, significado y finalidades de la Declaración de Derechos; con lo cual, frente a cualquier deficiencia, deben darle el desarrollo apropiado, acorde a los valores de la Carta de Derechos. Entendió que, conforme a la estimativa contemporánea, y a la estructura constitucional adoptada por el pueblo –visionaria, inclusiva, garante de aceptación y justicia para todos, más allá de la diversidad–, la concepción conyugal del *common law*, discrimina injustamente a las parejas del mismo sexo. Dijo que, a

través de los pasados diez años, gran parte de los sudafricanos y sus representantes han aceptado decisiones de avanzada en temas de orientación sexual y otros derechos constitucionales; con lo que puede presumirse que aceptarán también la ampliación del *common law* que la Constitución requiere en este caso. Se hizo eco de los criterios jurisprudenciales acuñados en esa década, a saber: a) que la minoría homosexual sufre el impacto severo de la discriminación, atentatorio contra su dignidad, personalidad e identidad, en muchos niveles; b) que la familia, tal como es contemplada por la Constitución, puede realizarse de diferentes modos, como así que la concepción legal de la familia y de qué constituye vida familiar, debe variar como las prácticas sociales y las tradiciones cambian; c) que las parejas homosexuales estables están legitimadas para fundar sus relaciones acorde con su orientación sexual, y dichas relaciones no podrán ser objeto de discriminación injusta; d) que los miembros de una pareja homosexual son capaces, como los esposos heterosexuales, de expresar y compartir amor en sus múltiples formas. Aún en ese marco, la mayoría sostuvo que –a pesar de que la noción de matrimonio debería interpretarse extensivamente para hacerla comprensiva de esta nueva realidad–, la respectiva ley (*Marriage Act*) no podía leerse en un sentido tal que las incluya. Por lo tanto, al no haberse impugnado la constitucionalidad de la norma, el único modo de que las partes pudiesen contraer matrimonio sería bajo los auspicios de una organización religiosa que reconociera dichos matrimonios, si la fórmula utilizada en los esponsales estuviese aprobada por el Ministerio de Asuntos Domésticos. El derecho de aquellas parejas a celebrar un matrimonio secular, tendría que aguardar a que se impugne la Ley de Matrimonio. Por su lado, la minoría postuló que la Ley de Matrimonio podía y debía ser leída de un modo que permitiese a las parejas del mismo sexo pronunciar sus votos. Sin embargo, desde esa visión, la solución adoptada debería suspenderse por dos años para habilitar la promulgación de la legislación pertinente por parte del Parlamento. En apoyo de esa suspensión, puntualizó que la *South African Law Reform Commission (SALRC – Discussion Paper 104)*, había indicado posibles respuestas legislativas a la inconstitucionalidad y, según el punto de vista de los jueces, la consagración de alguna de ellas, correspondía al Parlamento y no a la jurisdicción.

Introducida la cuestión constitucional (CCT 10/05), la Corte Suprema aceptó avocarse al conocimiento del planteo, juntamente con el relativo a los alcances de la definición legal de matrimonio.

En la sentencia, dictada el 1° de diciembre de 2005, en su voto como preopinante, el juez Sachs consideró los profundos cambios sociales operados en el país, así como su peculiaridad histórica respecto de la discriminación (v. esp. consid. 52, 57, 59, 60 y 151). Hizo mérito de lo que llamó “derecho a ser diferente”, expresando que una sociedad democrática, universalista, solidaria y con anhelo de igualdad, abraza a todos y acepta a las personas por quienes ellas son (considerando 59 a 61). Enunció que, penalizar personas por ser quienes son y lo que son, es profundamente irrespetuoso de la personalidad humana y violatorio de la igualdad.

Igualdad, dijo, significa igual interés y respeto más allá de las diferencias; lo cual no presupone la eliminación o supresión de la diferencia, pues el respeto por los derechos humanos requiere la afirmación de lo que se es, no su negación. Siguió explicando que la igualdad tampoco implica nivelar u homogeneizar el comportamiento o ensalzar una forma como suprema y otra como inferior, sino un reconocimiento y aceptación de la diferencia. “En realidad [sostuvo] ella afirma que esa diferencia no debe ser la base para la exclusión, marginación o estigma. Más aún, ella celebra la vitalidad que tal diferencia brinda a cualquier sociedad”. Y remarcó la necesidad de afirmar el verdadero carácter de la sociedad sudafricana, basada en la tolerancia y el respeto mutuo.

Aseveró que la norma aplicable, ignora la realidad de estas personas, aunque la Constitución resguarda no sólo el derecho a “dejarlas estar solas” con respecto al poder público, sino a ser reconocidas como iguales en dignidad por la ley (considerando 77).

Desechó los cuatro argumentos principales expuestos por el Estado y los *amici curiae*, en torno al fin procreativo (considerando 85 a 87), a la necesidad de respetar el contenido religioso (considerando 88 a 98), al reconocimiento del matrimonio heterosexual en el Derecho internacional (considerando 99 a 105), y al pluralismo consagrado constitucionalmente, en la consideración de distintos tipos de configuración familiar (considerando 106 a 109).

Ponderó la importancia personal, social, institucional y cultural del matrimonio (considerando 63, 64, 70); por lo que evaluó a la imposibilidad de elección como una severa *deprivación* (considerando 72). Calificó a dicha restricción, como una negación –basada en un prejuicio histórico–, del derecho a igual protección legal (considerando 75 y ss). Tuvo por discriminatoria a cualquier regulación que pueda hacerse fuera de la Ley de

Matrimonio Civil, asimilándola al repudio de las uniones interraciales (consid. 80 a 84). La *Marriage Act*, sentenció, al excluir de su ámbito a las parejas del mismo sexo y negarles protección igualitaria, las sujeta a una discriminación injusta (consid. 120).

Con cita del caso “*Hoffmann v. South African Airways*” (2001 [1] SA 1 [CC]; 2000 [11] BCLR 1211 [CC]), dijo que “[e]l prejuicio nunca puede justificar la discriminación injusta. Este país acaba de emerger del prejuicio institucionalizado. Nuestros reportes legales están repletos de casos en los cuales el prejuicio fue tomado en consideración para denegar los derechos que nosotros tenemos ahora por garantizados. Nuestra democracia constitucional se ha introducido en una nueva era, ésta es una era caracterizada por el respeto a la dignidad de todos los seres humanos. En esta era, el prejuicio y el estereotipo no tienen lugar. Si verdaderamente como nación queremos alcanzar el propósito de igualdad que hemos construido en nuestra Constitución, no debemos tolerar el prejuicio, sea directa o indirectamente”.

Concluyó que la definición de matrimonio del *common-law*, es inconsistente con la Constitución e inválida, en cuanto no permite a las parejas del mismo sexo disfrutar del estatus y de los beneficios –así como de tomar las responsabilidades–, tal como se le acuerda a las parejas heterosexuales. También encontró inconstitucional la ausencia en la previsión legal de la opción “cónyuge”, además de “marido” y “mujer”.

No obstante, advirtió la profunda trascendencia pública y privada del asunto (v. esp. consid. 138 y 147) y aludió al largo proceso de debate público llevado a cabo, que dio como resultado lo sugerido por el SAL-RC en torno a posibles modalidades de regulación (v. esp. consid. 125, 131, 142 y 156). Sobre esa base, teniendo en cuenta la existencia de diversas alternativas, la importancia democrática y el rol legitimante de la legislatura, dado que el matrimonio consagra un estatus personal que requiere de la mayor estabilidad, y en orden a la separación de Poderes, estimó apropiado dejar que el Parlamento escogiera entre esos posibles cursos de acción o cualquier otro que pudiese ser constitucional (v. esp. consid. 124, 125, 136, 138, 139, 147 y 155). Como corolario, suspendió la declaración invalidatoria por doce meses, para permitir al Congreso salvar el defecto.

Este, señaló, “...es un asunto que toca profundamente sensibilidades públicas y privadas... La ley no puede eliminar automáticamente

por sí misma el estereotipo y el perjuicio. Con todo, ella sirve como un gran maestro, estableciendo normas públicas que vendrán a asimilarse dentro de la vida cotidiana, protegiendo a gente vulnerable de la injusta marginación y abuso. Es necesario recordar que no sólo los tribunales son responsables de reivindicar los derechos jerarquizados en la Declaración de Derechos. La legislatura está en la primera línea a ese respecto. Una de sus principales funciones es asegurar que los valores de la Constitución... penetren toda área de la ley... Al mismo tiempo, a mi modo de ver, será mejor servir aquellos reclamos de igualdad respetando la separación de poderes y dando al Parlamento una oportunidad de tratar apropiadamente el problema...”.

De los restantes ocho jueces, siete adhirieron al voto del preopinante. En cambio, el juez O’Regan –aunque coincidente en lo principal con el pensamiento de su colega– tomó como un deber de la Corte asegurar un desarrollo del *common-law* ajustado a los alcances atribuidos por el tribunal a la norma constitucional, sin perjuicio de las reformas que pudiesen darse a través de la intervención legislativa. No compartió, por ende, el temperamento adoptado respecto de la suspensión del decreto invalidante, pues si bien la doctrina de la separación de poderes es relevante en el esquema constitucional, no encontró que ella pueda utilizarse para sortear la obligación del tribunal de proveer un apropiado remedio, a los litigantes que han planteado con éxito una queja constitucional.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 24 de agosto de 2010.

Autos y Vistos:

En atención a que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión –aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal– resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada, ante el dictado de la ley 26.618 (doctrina de Fallos: 331:1869; 330:1291; 329:1487, entre otros).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara abstracta la cuestión planteada en la presente causa. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese la queja.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **María de la Cruz Rachid y Claudia Rosanna Castrosín Verdú, por derecho propio**, con el patrocinio letrado de las **Dras. Florencia Kravetz, Analía Mariel Más y el Dr. Gustavo López**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F; Juzgado Nacional en lo Civil n° 88**.

SERVICIOS ELECTRICOS DEL GRAN BUENOS AIRES S.A.
C/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL SARMIENTO

HONORARIOS: Empleados a sueldo de la Nación.

Resultan arbitrarias las sentencias que declararon desiertos los recursos de apelación contra los pronunciamientos que habían dispuesto la inaplicabilidad de la remisión de créditos prevista en la ley 25.637 a la acreencia en concepto de honorarios que mantiene el letrado de la sociedad estatal en liquidación con una municipalidad, pues los escritos respectivos contenían argumentos mínimos sobre el tema que se pretende someter a conocimiento de la alzada y se encontraban contenidas las exigencias legales para sustentar la apelación.

HONORARIOS: Empleados a sueldo de la Nación.

La relación que vincula al Estado con los abogados que éste designa para que lo representen en juicio no es equiparable a una locación de servicios o de obra del derecho privado, pues su actuación deber ser compatible con las finalidades públicas para cuya satisfacción se los designa, motivo por el cual les corresponde la remuneración fijada en el presupuesto, sin perjuicio de que adicionalmente se agreguen a ella los honorarios regulados en concepto de costas a cargo de la parte vencida.

—Del precedente S.48.XLI “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires”, 9/12/2009, al que la Corte remite—.

HONORARIOS: Regulación.

La remisión de deuda efectuada por el Estado Nacional, que exime a la demandada condenada en costas de satisfacer el pago de los honorarios de los letrados de la actora, no obsta a que éstos sean regulados en el proceso (Disidencia parcial de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

–Del precedente S.48.XLI “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, del 9/12/2009, a cuya disidencia parcial se remite–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal mantuvo la resolución del juez de grado que declaró inaplicable la remisión de créditos prevista en la ley 25.637 a la acreencia en concepto de honorarios que mantiene el letrado de SEGBA S.A. (en liquidación) –Estado Nacional– con la Municipalidad de Malvinas Argentinas (fs. 392/393 de los autos principales, a los que me referiré en adelante).

Para decidir de ese modo, sostuvo –con remisión al precedente “Moschini” (Fallos: 317:777)– que no cabía predicar una relación de accesoriedad entre la obligación de pagar los emolumentos y la de cumplir con el capital de condena en tanto aquélla se refiere al servicio prestado por el profesional en el marco de un proceso.

A su vez, no consideró aplicable el art. 73 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –como pretendía la demandada– porque ello implicaría modificar la imposición de costas que fue confirmada por la alzada y que, por lo tanto, pasó en autoridad de cosa juzgada.

Asimismo, afirmó que los argumentos acerca de la facultad del Estado Nacional para disponer la remisión de un crédito como el de autos carecían de sustento jurídico.

En síntesis, el tribunal entendió que los agravios propuestos, al no constituir una crítica concreta y razonada de la resolución apelada, no

eran suficientes para atacar el fallo, que estaba debidamente justificado y no era susceptible de la tacha de arbitrariedad.

– II –

Disconforme, la Municipalidad de Malvinas Argentinas interpuso el recurso extraordinario de fs. 403/419 que, denegado a fs. 444, motiva la presente queja.

Sostiene que la sentencia es arbitraria porque: a) prescinde de tratar cuestiones planteadas; b) se aparta de los principios del Código Civil sobre remisión de deudas en tanto su art. 876 reenvía a los primeros cuatro artículos dedicados a la renuncia de derechos y uno de éstos, el art. 871, a su vez, a las normas sobre transacciones, a raíz de lo cual resulta aplicable el art. 73 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; c) contraría el espíritu de la ley 25.637, que fue sancionada en el marco de la emergencia económica y reconoce la incidencia de la depresión generalizada de los municipios; d) la Corte reconoció, en algunos precedentes –que cita–, la accesoriedad de los honorarios; e) la ley 25.637 hace extensiva la remisión de la deuda a sus accesorios y a toda otra “derivada” por diferencia de suministro de energía.

Finalmente, en la presentación directa, expresa que la negativa a habilitar la instancia extraordinaria es arbitraria y como tal, un acto jurisdiccional inválido, porque se encuentra en tela de juicio una cuestión federal que el tribunal omitió analizar.

– III –

Ante todo, cabe advertir que la alzada consideró que la cuestión federal propuesta consistía en la arbitrariedad de la sentencia y resolvió no admitir dicha causal como fundamento de admisibilidad del recurso. Empero, a mi modo de ver, asiste razón al quejoso cuando aduce que se omitió considerar que lo discutido era la aplicabilidad de la ley 25.637 a las costas, específicamente a los honorarios del letrado que representó a la actora.

Por ello, entiendo que el recurso es formalmente admisible en tanto se halla en juego la aplicación de dicha ley, de índole federal, y la sen-

tencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas.

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, estimo que, en primer lugar, corresponde determinar si el crédito por honorarios que aquí se reclama está subordinado materialmente a la obligación que constituyó el objeto de la pretensión.

V.E. tuvo oportunidad de analizar la inexistencia de la accesoriedad de ese tipo de créditos en varios precedentes –si bien con relación al régimen de consolidación de deudas del Estado Nacional– (v. Fallos: 317:779, 1076; 319:545, 660, 886; 320:2349) y, a partir del pronunciamiento recaído el 29 de junio de 2004, *in re* A. 406, L. XXXIV, “Asociación de Trabajadores del Estado *c/* Corrientes, Provincia de *s/* cobro de pesos”, estableció claramente que no era posible atribuir tal carácter a los honorarios profesionales respecto del capital de condena, pues la causa de la obligación de pagar dichas retribuciones es el servicio prestado por el profesional en el marco de un proceso judicial, de tal forma que no resulta del objeto de la obligación ventilada en la *litis* ni de la relación con el sujeto pasivo de aquélla (v. especialmente considerando 5°).

Así descartado el carácter accesorio de los emolumentos, cabe aludir al texto del art. 2° de la ley 25.637, en cuanto establece que “La remisión del artículo anterior comprenderá el capital adeudado con más sus accesorios, y será extensiva a toda otra deuda existente derivada por diferencia entre el suministro de energía y el pago del canon o derecho municipal que correspondiere en cada caso”.

El examen de su texto, a mi modo de ver, evidencia que los créditos por honorarios no están incluidos en la remisión de deudas que consagra la ley, aun cuando se devenguen por trabajos profesionales llevados a cabo en juicios vinculados a las deudas provenientes de la diferencia de la compensación que resultó favorable a SEGBA S.A., tanto por la falta de su calidad de accesorios de la obligación principal como por la inexistencia de una inclusión expresa, pues resulta claro, a mi parecer, que el fin de la norma fue dispensar sólo el pago de la deuda de capital y sus intereses, en virtud de la compensación dispuesta en el artículo 20 apartado 3° del contrato de concesión aprobado por el de-

creto 1247/62, que las municipalidades mantenían con SEGBA S.A., acreencia transferida al Estado Nacional cuando se liquidó la sociedad de energía eléctrica.

En este sentido, cabe recordar que, según una antigua jurisprudencia del Tribunal, la exégesis de las normas, aun con el fin de adecuarlas a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu (Fallos: 300:687; 312:1010, entre otros) y, frente a la claridad de ley, interpretar que también los honorarios quedan incluidos en la remisión de la deuda contraída por el municipio con el Estado Nacional, importaría tanto como atribuirse el rol del legislador para crear excepciones no admitidas por éste, función que no incumbe a los jueces (Fallos: 323:2054).

En este orden de ideas, el apelante, además de reconocer el derecho adquirido del letrado al cobro de los honorarios regulados y firmes en autos (conf. contestación del traslado de fs. 345) no rebatió la afirmación del *a quo* en cuanto a que aquéllos no podían considerarse accesorios del capital de condena y que por ende no se encontraban alcanzados por la ley 25.637 sino que tan sólo esgrimió, en apoyo de su lisa negativa, un antecedente jurisprudencial que no consagra la doctrina vigente de la Corte.

Asimismo, al ser el otro principal argumento del tribunal para desestimar la aplicación de la ley 25.637 el hecho de que no puede el Estado Nacional resignar una acreencia de la cual no es dueño —habida cuenta de que la deuda por honorarios no es de aquellas existentes entre la Municipalidad y el Estado Nacional sino entre la Municipalidad y el letrado—, el apelante no ha siquiera intentado rebatirlo con argumento alguno más que reiterar el estado de emergencia económica que dio lugar a la sanción de la ley.

Tampoco logra, a mi entender, refutar ni esbozar argumento eficaz alguno respecto de la inaplicabilidad del art. 73 del CPCC dispuesta por el juez de la causa, puesto que tanto en el recurso extraordinario como en la queja, se limitó a reiterar textualmente los escuetos planteos oportunamente vertidos en anteriores presentaciones.

– V –

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja. Buenos Aires, 05 de julio de 2006. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 24 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por las demandadas en las causas “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A. c/ Municipalidad de General Sarmiento” y S.1920.XL “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A. en liquidación c/ Municipalidad de Merlo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que resultan arbitrarias las sentencias que declararon desiertos los recursos de apelación contra los pronunciamientos que habían dispuesto la inaplicabilidad de la ley 25.637 a los honorarios profesionales, pues los escritos respectivos contenían argumentos mínimos sobre el tema que se pretende someter a conocimiento de la alzada y se encontraban contenidas las exigencias legales para sustentar la apelación (Fallos: 314:648 y 570; 324:488; 327:3166; 328:4009, entre otros).

Por lo demás, las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en la causa S.48.XLI “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires c/ Municipalidad de Merlo s/ ejecución fiscal”, fallada el 9 de diciembre de 2009, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a las quejas, se declaran admisibles los recursos extraordinarios y se dejan sin efecto las resoluciones apeladas con los alcances del precedente invocado. Devuélvanse los depósitos de fs. 1 (S.203.XLI) y fs. 65 (S.1920.XL). Notifíquense con copia de la sentencia de la causa S.48.XLI. Agréguese las quejas a los principales y devuélvanse.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia parcial*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que resultan arbitrarias las sentencias que declararon desiertos los recursos de apelación contra los pronunciamientos que habían dispuesto la inaplicabilidad de la ley 25.637 a los honorarios profesionales, pues los escritos respectivos contenían argumentos mínimos sobre el tema que se pretende someter a conocimiento de la alzada y se encontraban contenidas las exigencias legales para sustentar la apelación (Fallos: 314:648 y 570; 324:488; 327:3166; 328:4009, entre otros).

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en la causa S.48.XLI “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires c/ Municipalidad de Merlo s/ ejecución fiscal” –disidencia parcial de las juezas Highton de Nolasco y Argibay–, fallada el 9 de diciembre de 2009, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a las quejas, se declaran parcialmente procedentes los recursos extraordinarios y se revocan las sentencias apeladas de conformidad con lo dispuesto en la disidencia del precedente invocado. Las costas se distribuyen en el orden causado en atención a las particularidades de la cuestión. Devuélvase los depósitos de fs. 1 (S.203.XLI) y fs. 65 (S.1920.XL).

Notifíquense con copia de la sentencia y el dictamen emitidos en la causa S.48.XLI. Agréguese las quejas a los principales y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DAVID RUBEN SORIA

RECURSO DE CASACION.

Si bien en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399) se afirmó que, para garantizar una revisión del fallo acorde con la Constitución Nacional, el tribunal de alzada

debía dar tratamiento a todas las cuestiones planteadas por la defensa, aclarándose que ello no tenía una extensión tal que obligue al tribunal de segunda instancia a tratar asuntos no planteados, no integró la deliberación lo inherente a la constitucionalidad de otras normas procesales además del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, relativas a los plazos y oportunidad en que deben interponerse los agravios, por lo que la Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada al tratamiento de los agravios introducidos tardíamente por las partes (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

—La mayoría desestimó la queja por considerar inadmisibles los recursos extraordinarios cuya denegación la originó (art. 280 CPCCN)—.

RECURSO DE CASACION.

La interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodia de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución y es la que impone la jurisprudencia internacional (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

—Del precedente “Casal”, al que remitió la disidencia—.

—La mayoría desestimó la queja por considerar inadmisibles los recursos extraordinarios cuya denegación la originó (art. 280 CPCCN)—.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 24 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por David Rubén Soria en la causa Soria, David Rubén s/ causa N° 8857”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Intímese al recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la decisión que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, devuélvanse los autos y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal examinó los agravios interpuestos en el recurso de casación presentado en tiempo y forma por la defensa oficial del condenado David Rubén Soria, cumpliendo con los lineamientos que esta Corte expuso en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399), voto de la jueza Argibay, en el que se propició una interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación compatible con el derecho *constitucional* a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y e 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En el mentado precedente, se afirmó que, para garantizar una revisión del fallo acorde con la Constitución Nacional, el tribunal de alzada debía dar tratamiento a todas las cuestiones planteadas por la defensa, aclarándose que ello no tenía una extensión tal que obligue al tribunal de segunda instancia a tratar asuntos no planteados (considerando 12). Más allá de esa precisión, no integró la deliberación entre los jueces de este Tribunal lo inherente a la constitucionalidad de otras normas procesales además de la mencionada, relativas a los plazos y oportunidad en que deben interponerse los agravios.

En consecuencia, la Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada de conformidad con la doctrina del precedente antes citado al tratamiento de los agravios introducidos tardíamente por las partes.

En efecto, es la misma jurisprudencia de este Tribunal que, al limitar el alcance de los términos contenidos en sus decisiones y valorar como acto de suma gravedad la declaración de inconstitucionalidad de una norma, impide hacer aplicación extensiva de un precedente a un supuesto cuyas diferencias resultan sustanciales del que motivó la decisión, máxime cuando ello causaría un efecto semejante a la declaración de inconstitucionalidad de normas procesales vigentes que no fueron siquiera objeto de examen (Fallos: 33:162 “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo” y la gran cantidad de fallos que lo citan).

En estos términos, el remedio federal cuya denegación origina la presente queja es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Intímese al recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la decisión que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, devuélvanse los autos y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto por el Tribunal en el expediente “Casal” (Fallos: 328:3399) (votos concurrentes de los infrascriptos), a cuyos términos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen con el fin de que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Acumúlese la queja al principal. Hágase saber y cúmplase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **David Rubén Soria**, representado por el **Defensor Oficial doctor Julián Horacio Langevin**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Nº 15**.

HECTOR BEA Y OTRO c/ ESTADO NACIONAL - SECRETARIA DE TURISMO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda contra el Estado Nacional con el objeto de que se indemnizaran los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del hijo de los actores, quien fue hallado sin vida en un lago artificial en ocasión de realizar un viaje de fin de curso escolar, si la explotación del lago es realizada por el Estado Nacional y se encuentra acreditado que éste no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar, omisión que adquiere particular importancia teniendo en cuenta que la zona del lago era de muy fácil acceso desde el hotel donde se hallaban alojados los menores y que no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Bea, Héctor y otro c/ Estado Nacional Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda promovida por los padres del menor H. G. B. contra el Estado Nacional –Secretaría de Turismo– con el objeto de que se les indemnizaran los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo quien fue hallado sin vida en un lago artificial ubicado en el Complejo Turístico Chapadmalal en ocasión de realizar un viaje de fin del curso escolar de séptimo grado.

2º) Que para así decidir, el tribunal *a quo* consideró que: a) el menor había fallecido por asfixia por inmersión en “las aguas del embalse formado por la represa construida en el arroyo Chapadmalal previo a su desembocadura en el mar Argentino” que pertenece al dominio público de la Provincia de Buenos Aires, en tanto nace en dicha provincia, transita sólo por ella y desemboca en el Océano Atlántico, b) con arreglo a lo previsto en el art. 2341 del Código Civil el aprovechamiento común del arroyo como bien público de un Estado provincial corre por cuenta y riesgo de quien lo utiliza sin que aquél deba responder por las consecuencias de ese uso particular. Agregó que en tanto las aguas del arroyo Chapadmalal no son navegables, pueden ser usadas y gozadas por cualquier ciudadano, por lo que su utilización temporaria debe responder al obrar prudente del beneficiario, quien se hace cargo de su conducta, c) no advertía la existencia de disposición legal ni contractual alguna que permitiera atribuir responsabilidad al Estado Nacional por la seguridad de los menores en sus movimientos dentro del predio, habida cuenta de que el accidente no se produjo en un inmueble, dependencia o construcción principal o accesoria de la unidad turística Chapadmalal respecto del cual el Estado Nacional debiera responder en su condición de propietario. En este sentido, manifestó que el deber implícito de seguridad que el juez de primera instancia había colocado en cabeza de la demandada no podía ir más allá del espacio del predio de la unidad turística, pues el accidente no se había producido en ese lugar sino en el cauce de agua del arroyo Chapadmalal, que, como había considerado, pertenece a la provincia y no al Estado Nacional, d) el demandado no se había obligado más que a proveer el alojamiento y la comida, y el hecho que dio origen al juicio no tenía vinculación con las condiciones del primero ni con la calidad de la segunda, e) no cabía responsabilizar a la Escuela N° 20 “Ejército de los Andes”, en tanto la excursión no había sido organizada por dicha institución escolar, sino por los padres de los alumnos y f) el

hecho dañoso tenía vinculación, como causa inmediata, con la falta de prudencia de los niños y, por consiguiente, de diligencia en el juicio y vigilancia sobre las actividades que éstos realizaban, la que reposaba en quienes ejercían su guarda, es decir, en las personas que habían sido autorizadas por los padres para proveerles seguridad y cuidado, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, todo ello en los términos de los arts. 265, 275, 512, 902 y 912 del Código Civil.

3°) Que contra este pronunciamiento, los actores interpusieron recurso ordinario de apelación (fs. 691), que fue concedido a fs. 693/693 vta.

4°) Que dicho recurso resulta formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia definitiva en una causa en que el Estado Nacional es parte y el valor cuestionado en último término –que surge con claridad de los elementos objetivos que obran en la causa (Fallos: 315:2369, 322:337)– supera el mínimo previsto en el art. 24, inciso 6°, apartado ‘a’, del decreto ley 1285/58, con las modificaciones introducidas por la ley 21.708 y la resolución N° 1360/91 de esta Corte.

5°) Que al presentar el memorial previsto en el segundo párrafo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el recurrente expresó los siguientes agravios: a) el menor no falleció en aguas del arroyo sino en las aguas del lago artificial, b) el Estado Nacional ejercía las funciones de administración y tenía la posesión del predio con todas las instalaciones, incluido el lago del que se servía con exclusividad para fines turísticos. Por consiguiente, tenía bajo su custodia la vida y seguridad de las personas que estaban en el lugar, y c) la sentencia recurrida parte del error conceptual de endilgar la responsabilidad exclusivamente a los padres que acompañaron al contingente de niños, cuando en rigor el demandado debió proporcionar los medios adecuados de seguridad para advertir a los desprevenidos bañistas acerca de los riesgos que entrañaba el lago artificial.

6°) Que a los efectos de determinar si corresponde hacer lugar a la demanda se debe, en primer término, establecer si el lugar donde ocurrió el hecho se encuentra bajo la jurisdicción del Estado Nacional o si, como lo señala la sentencia recurrida, pertenece al dominio público de la Provincia de Buenos Aires.

7°) Que, en este sentido, cabe señalar que el menor H. G. B. se ahogó en un lago artificial formado por el embalse –y que desagua en el mar– y no, como lo expresa el *a quo*, en el cauce del arroyo.

Es cierto que, al respecto, existieron diferentes opiniones.

Así, en el informe del Administrador de la Unidad Turística Chapadmalal, se afirmó que el hecho había ocurrido en la zona de la desembocadura del lago próximo al mar (ver fs. 94). Por su parte, en el certificado de siniestro, la policía bonaerense sostuvo –en lo que aquí interesa– que las operaciones de rastreo del cuerpo se llevaron a cabo sobre la desembocadura del arroyo Chapadmalal “en una superficie de 120 por 50 mts” (ver fs. 108/109).

La Dirección General de Legislación y Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Turismo consideró que el accidente no se había producido en el lago propiamente dicho sino en el tramo del curso de aguas posterior a él, zona que no correspondía –enfaticó– a las utilizadas por los concesionarios para navegación recreativa y, por ende, donde no se debían cumplir con las disposiciones vigentes referentes a seguridad (fs. 110).

Finalmente, en el informe de la perito ingeniera civil se hizo saber que en la zona relevada existe un lago creado artificialmente sobre el arroyo Chapadmalal “casi en su desembocadura en el océano Atlántico”, entre los hoteles del complejo Unidad Turística Chapadmalal. Allí se destacó que para la construcción del lago se materializó un azud de hormigón (presa) que contiene al arroyo elevando su nivel en aproximadamente 1,20 metros, y que posee unas compuertas que permiten regular parcialmente el nivel del agua. Se destacó también que las orillas del lago se hallan revestidas de mampuestos de piedras colocados a 45° hacia el lago en la mayor parte del desarrollo del perímetro del mismo (fs. 453/460).

8º) Que frente a todas estas opiniones, este Tribunal considera la conclusión del peritaje –en cuanto ésta resulta consistente con el contexto de los hechos– y considera que el deceso se produjo en el lago no navegable.

Este Tribunal ha expresado que los lagos se encuentran sometidos por la ley común a regímenes diferentes según sean o no navegables. Los navegables son bienes públicos del Estado. Respecto de la propiedad de los no navegables no existe en la ley civil disposición expresa, aun cuando por aplicación de los principios generales de nuestro derecho

resulte evidente que ella corresponde al dueño de la tierra en que se ha formado el lago (Código Civil artículos 2342, inciso 1°, 2347, 2518 y 2578, conf. doctrina en autos “Frederking” (Fallos: 138:295), también ver Guillermo L. Allende, “Derecho de aguas”, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971, página 325 y ss.).

Cabe señalar, que el lago en el que ocurrió el accidente integra el perímetro en el que se encuentra el conjunto de instalaciones del complejo hotelero Chapadmalal dependiente de la Secretaría de Turismo de la Nación. Esta última, a su vez, lo concesiona para la explotación de actividades náuticas con beneficio comercial con el propósito de beneficiar el turismo social y escolar en los términos de la ley 14.574 y de la resolución 504/92.

9°) Que una vez establecido que el hecho ocurrió en el lago cuya explotación realiza el Estado Nacional se debe determinar si corresponde responsabilizarlo por el acontecimiento acaecido y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda. En este sentido, este Tribunal ha expresado que para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio, b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546).

10) Que con respecto al recaudo de falta de servicio, esta Corte ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175 y 329:3065).

Esta idea objetiva de la falta de servicio –por acción o por omisión– encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público “Securfin S.A. c/ Santa Fe, Provincia de”, (Fallos: 330:3447) que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Es-

tado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 321:1124 y 330:2748).

11) Que sobre la base de estos fundamentos, corresponde analizar si en el caso de autos existió una falta de servicio que comprometa la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional.

Al respecto, de las constancias de la causa surge que al finalizar el curso escolar de séptimo grado en la Escuela N° 20 “Ejército de los Andes” de la localidad de Valentín Alsina (Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires), se formó un contingente integrado por veintiocho alumnos de ese curso y cuatro padres con el objeto de realizar un viaje al Complejo Turístico Chapadmalal, Provincia de Buenos Aires, ubicado a 30 km de Mar del Plata, ruta provincial 11, y conformado por una serie de hoteles ubicados frente al mar con acceso directo a la playa (fs. 95 y 102). El 18 de diciembre de 1991 el niño H. G. B. y otros integrantes del contingente se internaron en el lago [artificial] para tomar un baño. El menor desapareció de la superficie y fue hallado sin vida luego de una intensa búsqueda por parte de los bomberos de la policía local y buzos de la base naval de Mar del Plata.

También se encuentra acreditado que el Estado Nacional no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar. En efecto, en el lugar no había ninguna clase de advertencia sobre la profundidad del lago y los riesgos derivados de su uso. En el caso, la omisión señalada adquiere particular importancia habida cuenta de que los testimonios son concluyentes en que la zona del lago era de muy fácil acceso desde el hotel donde se hallaban alojados los menores, que no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia, que no se hallaba cercado y que los carteles fueron colocados horas después del accidente (ver fs. 341/347, 354/356, 360/361). Por otro lado, se puede aseverar que, como se ha resaltado en el memorial de agravios, la experiencia indica que los niños puedan sentirse atraídos por espacios acuáticos especialmente en verano y de vacaciones.

12) Que, de aquí se sigue que se pueda afirmar que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el art. 1112 del Código Civil: a) el Estado incurrió en una falta de servicio, en tanto no informó

acerca de los riesgos existentes en el lugar; b) el daño cierto sufrido por los actores a causa del fallecimiento de su hijo y c) la relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

13) Que, por último, la jurisdicción de la Corte debe circunscribirse a los agravios mantenidos expresamente en el memorial presentado y en tanto ellos constituyan, además, una crítica concreta y razonada de lo decidido en la causa que el apelante considera equivocado (Fallos: 322:2525, consid. 14 y 324:1564). En el caso la actora se ha limitado a efectuar, ante este Tribunal, una petición genérica respecto de la condena que pretende, por lo que se considera adecuado estar a lo decidido en primera instancia en relación con la cuantía de los montos que integran la condena, y la proporción en que debe responder el Estado Nacional.

Por ello, se declara procedente el recurso ordinario, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda en los términos del último considerando. Las costas devengadas en todas las instancias, en relación con las partes, se imponen a la demandada (arg. art. 279 y art. 68, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE
DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda de daños y perjuicios promovida contra el Estado Nacional –Secretaría de Turismo– por los padres del menor H. G. B. con motivo del fallecimiento de su hijo.

Contra ese pronunciamiento, los actores interpusieron recurso ordinario de apelación (fs. 691), que fue concedido (fs. 693 y vta.).

2º) Que los hechos descritos en la demanda (fs. 23/36) son los siguientes: al finalizar el curso escolar de séptimo grado en la Escuela N° 20 “Ejército de los Andes” de la localidad de Valentín Alsina (Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires), se formó un contingente integrado por veintiocho alumnos de ese curso y cuatro padres con el objeto de realizar un viaje al Complejo Turístico Chapadmalal, Provincia de Buenos Aires, ubicado a 30 km de Mar del Plata, ruta provincial 11, y conformado por una serie de hoteles ubicados frente al mar con acceso directo a la playa (fs. 95 y 102). El 18 de diciembre de 1991 el niño H. G. B. y otros integrantes del contingente se internaron en el lago [artificial] para tomar un baño. El menor desapareció de la superficie y fue hallado sin vida luego de una intensa búsqueda por parte de los bomberos de la policía local y buzos de la base naval de Mar del Plata.

3º) Que la cámara decidió revocar la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda (fs. 677/683 vta.) desarrollando los siguientes argumentos. Tuvo por cierto que el menor falleció por asfixia por inmersión en “las aguas del embalse formado por la represa construida en el arroyo Chapadmalal previo a su desembocadura en el mar Argentino”, y consideró que ese embalse pertenece al dominio público de la Provincia de Buenos Aires, en tanto nace en dicha provincia, transita sólo por ella y desemboca en el Océano Atlántico—de acuerdo con lo que surgía del peritaje de la ingeniero civil—. Destacó que, con arreglo a lo previsto en el art. 2341 del Código Civil, el aprovechamiento común del arroyo como bien público de un Estado provincial corre por cuenta y riesgo de quien lo utiliza sin que aquél deba responder por las consecuencias de ese uso particular. Añadió que en tanto las aguas del arroyo Chapadmalal no son navegables, pueden ser usadas y gozadas por cualquier ciudadano, por lo que su utilización temporaria debe responder al obrar prudente del beneficiario, quien se hace cargo de su conducta. Por otra parte, sostuvo que no advertía la existencia de disposición legal ni contractual alguna que permitiera atribuir responsabilidad a la demandada por la seguridad de los menores en sus movimientos dentro del predio, habida cuenta de que el accidente no se produjo en un inmueble, dependencia o construcción principal o accesoria de la unidad turística Chapadmalal respecto del cual el Estado Nacional debiera responder en su condición de propietario. Agregó que el deber implícito de seguridad que el juez

de primera instancia había colocado en cabeza de la demandada no podía ir más allá del espacio del predio de la unidad turística, pues el accidente no se había producido en ese lugar sino en el cauce de agua del arroyo Chapadmalal, que, como había considerado, pertenece a la provincia y no al Estado Nacional. Y aseveró que el demandado no se había obligado más que a proveer el alojamiento y la comida, y que el hecho que dio origen al juicio no tenía vinculación con las condiciones del primero ni con la calidad de la segunda.

En otro plano, excluyó la responsabilidad de la Escuela N° 20 “Ejército de los Andes”, en tanto la excursión no fue organizada por dicha institución escolar, sino por los padres de los alumnos, ni participó de ella ningún representante del colegio y el objetivo del viaje no tuvo interés educativo alguno.

Concluyó en que el hecho dañoso tenía vinculación, como causa inmediata, con la falta de prudencia de los niños y, por consiguiente, de diligencia en el juicio y vigilancia sobre las actividades que éstos realizaban, la que reposaba en quienes ejercían su guarda, es decir en las personas que habían sido autorizadas por los padres para proveerles seguridad y cuidado, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, todo ello en los términos de los arts. 265, 275, 512, 902 y 912 del Código Civil.

4° Que los recurrentes critican esa decisión (ver memorial de fs. 703/714, replicado a fs. 718/724 vta.) en los siguientes términos: (a) el menor no falleció en aguas del arroyo sino en aguas del lago artificial. El arroyo Chapadmalal, contrariamente a lo que surge de la sentencia apelada, se convierte en un lago “a partir de la construcción de una represa que contuvo su cauce natural para transformarlo en un espejo de agua dentro de una estructura de hormigón que le da forma a su perímetro; construcción que cae bajo la administración y control de la demandada”. Además, el lago cuenta con un muelle que utilizan los botes de alquiler que se ofrecen en el lugar y otras instalaciones tales como calesita, parrillas, confitería y juego para niños; (b) el Estado Nacional ejercía las funciones de administración y tenía la posesión del predio con todas las instalaciones, incluido el lago del que se servía con exclusividad para fines turísticos. Por consiguiente tenía bajo su custodia la vida y seguridad de las personas que estaban en el lugar; (c) la sentencia recurrida parte del error conceptual de endilgar la responsabilidad exclusivamente a los padres que acompañaron al

contingente de niños, cuando en rigor la demandada debió proporcionar los medios adecuados de seguridad para advertir a los desprevénidos bañistas acerca de los riesgos que entrañaba el lago artificial.

5°) Que el recurso ordinario es formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia definitiva en una causa en que el Estado Nacional es parte y el valor cuestionado en último término –que surge con claridad de los elementos objetivos que obran en la causa (Fallos: 315:2369 y 322:337)– supera el mínimo previsto en el art. 24, inciso 6°, apartado ‘a’, del decreto ley 1285/58, con las modificaciones introducidas por la ley 21.708 y la resolución N° 1360/91 de esta Corte, por lo que fue bien concedido (fs. 693).

6°) Que toda vez que la parte actora pretende que se declare la responsabilidad del Estado por la conducta ilícita de naturaleza extracontractual (omisión) que ella le atribuye, es pertinente recordar que conocidos precedentes del Tribunal han establecido los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, esto es, que (a) éste haya incurrido en una falta de servicio (art. 1112 del Código Civil), (b) la actora haya sufrido un daño actual y cierto, (c) exista una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:3546 y 332:2328).

7°) Que, tal como lo ha señalado esta Corte en el precedente “Mosca” (Fallos: 330:563), en la misma línea que había desarrollado en el caso “Zacarías” (Fallos: 321:1124), la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (ver considerando 6°).

Esta idea objetiva de la falta de servicio –por hechos u omisiones– encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código

Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030 y 331:1690, entre otros).

8º) Que esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva (Fallos: 321:1124 y 330:563, considerando 6º).

9º) Que el factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de los mencionados elementos para hacer concreta la regla general.

Así, resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas.

Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.

La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.

10) Que la solución de la controversia requiere, pues, determinar si el Estado Nacional tenía algún deber a su cargo, referente al cuidado de los niños que concurrieron al complejo turístico Chapadmalal por un viaje de fin de curso, y eventualmente cuál era la extensión de ese deber.

Para despejar la primera cuestión, corresponde establecer si la actividad o el lugar donde ocurrió el hecho se hallaban bajo el control del Estado Nacional o, en cambio, de la Provincia de Buenos Aires.

11) Que el lugar donde ocurrió el hecho fue el lago artificial formado por el embalse –y que desagua en el mar– y no en el cauce del arroyo.

Es cierto que hubo diferentes opiniones sobre este aspecto. En el informe del Administrador de la Unidad Turística Chapadmalal, se afirmó que el hecho había ocurrido en la zona de la desembocadura del lago próximo al mar (ver fs. 94), mientras que en el certificado de siniestro, la policía bonaerense sostuvo –en lo que aquí interesa– que las operaciones de rastreo del cuerpo se llevaron a cabo sobre la desembocadura del arroyo Chapadmalal “en una superficie de 120 por 50 mts” (ver fs. 108/109). Por su parte, la Dirección General de Legislación y Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Turismo consideró que el accidente no se había producido en el lago propiamente dicho sino en el tramo del curso de aguas posterior a él, zona que no correspondía –enfaticó– a las utilizadas por los concesionarios para navegación recreativa y, por ende, donde no se debían cumplir con las disposiciones vigentes referentes a seguridad (fs. 110). Finalmente, en el informe de la perito ingeniero civil se hizo saber que en la zona relevada existe un lago creado artificialmente sobre el arroyo Chapadmalal “casi en su desembocadura en el océano Atlántico”, entre los hoteles del complejo Unidad Turística Chapadmalal. Se destacó en el peritaje que para la construcción del lago se materializó un azud de hormigón (presa) que contiene al arroyo elevando su nivel en aproximadamente 1,20 metros, y que posee unas compuertas que permiten regular parcialmente el nivel del agua. Se destacó también que las orillas del lago se hallan revestidas de mampuestos de piedras colocados a 45° hacia el lago en la mayor parte del desarrollo del perímetro del mismo (fs. 453/460).

Frente a ello, no cabe duda de que cabe otorgar prevalencia al peritaje, dado que es consistente con el contexto de los hechos. Sobre todo, cabe tener en cuenta que la existencia de paredes perimetrales hace que el niño jamás pudiera ahogarse en una desembocadura que, de hecho, no existe. De manera que no se advierten –si no es a partir de omitir la existencia de la presa dentro del complejo– las razones que llevaron a la cámara a desestimar la aplicación al caso de las disposiciones del artículo 2349 del Código Civil, pues es evidente que el deceso se produjo en un lago no navegable, que integra el perímetro en el que se encuentra el conjunto de instalaciones del complejo hotelero Chapadmalal, dependiente de la Secretaría de Turismo de la Nación. Las actuaciones administrativas que se acompañan en la causa dan

cuenta de que el espejo de agua se halla en tierras del dominio privado del Estado Nacional, sometidas a la jurisdicción de la citada secretaría (ver, en especial, fs. 19), que, por otra parte, lo concede para la explotación de actividades náuticas con beneficio comercial. Por cierto, aun en la hipótesis de considerar que el lago fuera –como mencionó la cámara– la continuación de un arroyo provincial que desagua en el mar Argentino –individualizado en el fallo apelado como arroyo Chapadmalal–, el hecho de que aquél atravesara tierras de un predio del Estado Nacional le imponía a dicha autoridad, cuanto menos, ciertos deberes que se determinan seguidamente.

12) Que la actividad que desarrollaron los niños estaba regulada por la legislación nacional y quedaba comprendida dentro de los denominados “turismo social” y “turismo escolar”.

Con respecto al “turismo social”, la ley 14.574 –vigente al momento de los hechos– se dictó para promover y organizar dentro de la jurisdicción nacional el denominado “turismo social” para docentes, empleados, jubilados, pensionados, obreros, estudiantes y trabajadores independientes. De este modo se decidió fomentar y apoyar en zonas de turismo la creación de clubes sociales y deportivos, campamentos y colonias de vacaciones, balnearios, parques y demás actividades tendientes al mejor cumplimiento del objetivo de la norma. También fue un objetivo de la ley el gestionar rebajas de tarifas de pasajes y hospedajes para el turismo social. La Unidad Turística Chapadmalal, ubicada a 30 km de Mar del Plata, sobre la ruta 11, km. 35 Partido de General Pueyrredón, cuya construcción se inició en el año 1947 y finalizó en 1951, está destinada a cumplir con esa finalidad social.

13) Que con relación al “turismo escolar”, la demandada dictó la resolución 504/92, por la que se aprobaron las normas de admisión de solicitudes y asignación de comodidades para la Unidad Turística de Chapadmalal –entre otras– que incluían un capítulo sobre turismo escolar (7° grado) destinado a escuelas primarias oficiales de todo el país pertenecientes a sectores de escasos recursos, con requisitos y procedimientos para la adjudicación de plazas en las unidades afectadas dentro de las cuales se encontraban distintas planillas y formularios que debían ser llenados y presentados por los interesados. Una de las planillas –que según el juez de primera instancia no habría sido llenada por los acompañantes de la excursión– fijaba los objetivos del programa (premiar el esfuerzo de finalizar el ciclo primario y contribuir a la

integración nacional) y, a su vez, establecía un listado de responsabilidades que quedaban a cargo de los coordinadores de los grupos, dentro de las cuales se encontraba el cuidado y control del grupo durante la noche, al igual que en las habitaciones, comedor y especialmente en las playas por el peligro de internarse en las aguas.

14) Que el Estado Nacional tenía a su cargo un deber de información sobre los riesgos existentes en el lugar y un deber de seguridad consistente en adoptar todas las medidas necesarias para evitarlos.

En efecto, habiéndose establecido que el hecho ocurrió en un lago artificial sometido al dominio del Estado Nacional y en el marco del turismo social y escolar, también de carácter federal, corresponde señalar que hay deberes ineludibles. La Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación propició un plan de turismo social con el objeto premiar el esfuerzo de alumnos que finalizan el ciclo primario y ofreció la posibilidad de poder contar con un período de vacaciones en unidades turísticas como la existente en Chapadmalal a niños que contaran entre once y trece años. Ello generó una razonable expectativa de confianza en que se les estaba ofreciendo un lugar seguro.

15) Que el Estado Nacional debió informar acerca de los riesgos existentes en el lugar para los niños y no lo hizo, ya que no había ninguna clase de advertencias sobre la profundidad del lago y los riesgos derivados de su uso. Por otra parte, en el día en que ocurrieron los hechos, los niños fueron llevados al lago pues los encargados del grupo habían advertido que el mar se hallaba picado (ver testimonio obrante a fs. 360/361). Esta medida, adoptada para seguridad de los niños, hace poco probable que los padres que los acompañaban evaluaran también los peligros que escondía un lago, que seguramente creyeron “inofensivo” por estar en el ámbito de una zona hotelera, y cuya profundidad no estaba indicada en ningún aviso de advertencia. La insistencia de la cámara de que los guardadores del menor debieron haber advertido los riesgos que importaba la inmersión de niños de doce años en un espacio acuático que no se hallaba –según sus consideraciones– autorizado (o reservado) ostensiblemente para esa actividad, podría tener entidad si la administración del complejo, de alguna manera –prudencia mediante–, hubiera hecho saber a los padres de los peligros que entrañaba bañarse en las aguas del mentado lago. En el caso, la omisión señalada adquiere particular importancia habida cuenta de que los testimonios son concluyentes en que la zona

del lago era de muy fácil acceso desde el hotel donde se hallaban alojados los menores, que no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia, que no se hallaba cercado y que los carteles fueron colocados horas después del accidente (ver fs. 341/347, 354/356, 360/361). Por otro lado, se puede aseverar que, como se ha resaltado en el memorial de agravios, la experiencia indica que los niños puedan sentirse atraídos por espacios acuáticos.

16) Que el Estado Nacional debió adoptar medidas preventivas de seguridad para evitar que los niños sufrieran daños.

Promover el turismo social y escolar, ofrecer un servicio de hotelería con alimentación y esparcimiento, implica el deber de suministrar condiciones de seguridad dentro del predio ante riesgos previsibles. En efecto, si resultaba previsible que los niños se bañaran en el lago que les ofrecía el complejo turístico, no parece irrazonable exigir del Estado la adopción de una concreta medida de seguridad, como por ejemplo, la disposición de un guía, asistente o cuidador.

El tribunal *a quo* insistió en que el lugar tenía acceso directo y sin restricción desde la ruta 11, razón por la que consideró que los guardadores del menor, por razones de prudencia y sentido común, debieron agotar “cualquier medio” para asegurar que podía accederse a las aguas del lago sin riesgos. El hecho de que pudiera accederse al lago desde otros lugares de la unidad turística o cercanos a ella (por ejemplo, desde la ruta 11 o desde la playa), no enerva la responsabilidad –medidas de seguridad– que le compete a la demandada por el lago ubicado, en condiciones riesgosas, en un fundo de su propiedad. De tal manera, más que centrar el eje de la discusión sobre el eventual acceso directo al lago y sobre las conductas que deberían haber asumido los cuatro padres, debe precisarse en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente habrían podido ser evitadas si la administración hubiera tomado los recaudos de seguridad apropiados para advertir –a todas las personas que visiten el lugar, y no sólo a los niños– los riesgos que significaba acceder a las aguas del lago sin importar desde qué lugar se pudiera llegar a ellas.

17) Que el deber de seguridad tiene fundamento constitucional (art. 42 Constitución Nacional) y es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes,

ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.

18) Que en el *sub lite*, la colocación de un cartel de advertencia o la disposición de un guía, asistente o cuidador en el lugar, hubiera evitado el enorme daño causado con la pérdida de la vida de un menor de edad. Al no haberlo hecho, el Estado Nacional ha incurrido en un grave incumplimiento del deber de seguridad. En ausencia de tales medidas, se concluye que el Estado Nacional no empleó los medios razonables para el cumplimiento regular del servicio.

19) Que se advierte, en las condiciones enunciadas, que se ha cumplido con la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la conducta que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo (Fallos: 329:2088, 3168 y 331:1730).

20) Que se puede afirmar, pues, que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el art. 1112 del Código Civil, a saber: (a) aquél incurrió en una falta de servicio, en tanto no cumplió con su deber de informar acerca de los riesgos existentes en el lugar de los hechos ni con su deber de seguridad, en los términos en que ha sido explicado; (b) el daño cierto sufrido por los actores a raíz del fallecimiento de su hijo; y (c) la relación de causalidad adecuada entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

En suma, de todo lo expuesto se advierte con claridad una falta imputable al Estado Nacional con idoneidad para comprometer su responsabilidad.

21) Que por último, la jurisdicción de la Corte queda circunscripta al memorial de agravios (Fallos: 324:1564), y en el caso la apelante no ha sometido a conocimiento del Tribunal ningún reparo respecto de la cuantía de los montos que integran la condena, y la proporción en que debe responder el Estado Nacional, por lo que corresponde estar a lo resuelto en la sentencia de primera instancia.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso ordinario interpuesto por **Héctor Bea y otro, actores en autos**, representado por la Dra. **Elda Patricia Dubor, en calidad de apoderada**, con el patrocinio del Dr. **Manuel José Barral**.

Traslado contestado por la **Secretaría de Turismo de la Nación, demandada en autos**, representada por la Dra. **María Verónica Díaz Bialek**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 6**.

ENRIQUE GABRIEL BARROSO

EXTINCION DE LA ACCION PENAL.

Corresponde revocar la sentencia y declarar extinguida la acción penal (art. 16, segunda parte, de la ley 48) si el procedimiento recursivo se prolongó durante diez años con lo cual excede todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal y la suspensión del trámite para que se sustancie un incidente de prescripción no haría más que continuar dilatando indebidamente la causa cuya prolongada duración por casi trece años –que no puede ser atribuida al imputado ni a la complejidad del caso–, viola ostensiblemente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

–Los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confirmó la condena a seis años y seis meses de prisión impuesta en julio de 1998 a Enrique Gabriel Barroso, en orden a los delitos de robo calificado por el uso de arma y tenencia ilegítima de arma de guerra. Contra esa decisión, se dedujo recurso extraordinario, el que fue concedido a fs. 320/321.

La defensa cuestiona, particularmente, la demora en la que incurrió el *a quo* para rechazar, en junio de 2007, el recurso de inaplicabilidad de ley articulado por esa parte en noviembre de 1998. En esta línea, solicita la conclusión definitiva del proceso por entender que la tardanza en el trámite recursivo afectó el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

– II –

Estas actuaciones versan sobre cuestiones substancialmente análogas a las analizadas en el dictamen emitido con fecha 10 de febrero del presente año en la causa I. 159, L. XLIV, “Ibáñez, Angel Clemente s/ robo calificado por el uso de armas”, al que me remito por razones de brevedad.

En consecuencia, con base en el pedido de la defensa, opino que V.E. puede ordenar la suspensión del trámite del presente recurso extraordinario a las resultas de la decisión sobre la posible prescripción de la acción penal que deberán tomar los jueces locales, adecuada al caso concreto y en los términos de la doctrina de plazo razonable (Fallos: 272:188; 300:1102; 322:360, disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano, a la que remite la mayoría en Fallos: 327:327, y en sentido similar Fallos: 327:4815), habida cuenta que este tipo de cuestiones deben ser tratadas previamente en las instancias correspondientes. Buenos Aires, 25 de febrero de 2009. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Barroso, Enrique Gabriel s/ robo calificado s/ uso de arma”.

Considerando:

1º) Que, en julio de 1998, el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 11 del Departamento Judicial de San Isidro condenó a Enrique Ezequiel Barroso a la pena de seis años y seis meses de prisión por

considerarlo penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma y tenencia ilegítima de arma de guerra –en concurso real–, previstos en los arts. 166 –inc. 2º– y 189 bis –tercer párrafo– del Código Penal (fs. 165/171).

2º) Que, en octubre de 1998, esa sentencia condenatoria fue confirmada por la Sala Segunda de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal (fs. 190/195), lo que motivó la interposición de un recurso de inaplicabilidad de ley que recién fue rechazado en junio de 2007 por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (fs. 279/285). Contra esta decisión se dedujo un recurso extraordinario federal (fs. 306/309) que fue concedido en abril de 2008 (fs. 320/321).

3º) Que, ante todo, cabe señalar que el examen de la subsistencia de la acción penal resulta previo a cualquier otro planteo, toda vez que su extinción constituye una cuestión de orden público, que opera de pleno derecho y debe ser declarada de oficio (Fallos: 305:652; 327:4633, entre otros).

4º) Que en diversas oportunidades el Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción de la acción tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión (Fallos: 331:600, considerando 7º y sus citas).

5º) Que en virtud de lo expuesto y de acuerdo con lo decidido en un caso sustancialmente análogo (Fallos: 329:445), cabe concluir que un procedimiento recursivo que –como en el caso– se ha prolongado durante diez años excede todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal, y en tales condiciones, la suspensión del trámite para que se sustancie un incidente de prescripción –como propone el señor Procurador Fiscal en su dictamen– no haría más que continuar dilatando indebidamente esta causa cuya prolongada duración por casi trece años (que no puede ser atribuida al imputado ni a la complejidad del caso, toda vez que se trata de un hecho sencillo de robo con un arma ocurrido en octubre de 1997) viola ostensiblemente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. S.1205. XLII, “Santander, Moira y otro s/ robo calificado”, del 28 de octubre de 2008). Por lo tanto, corresponde que sea esta Corte la que ponga fin a la presente causa declarando la extinción de la acción penal.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se declara extinguida la acción penal (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Notifíquese y remítanse.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario concedido a fs. 320/321 es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se lo declara mal concedido. Notifíquese y devuélvanse los autos al tribunal de origen, a sus efectos.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Jorge Gabriel Pranzini, Defensor Oficial**, en representación de **Enrique Gabriel Barroso**.

Traslado contestado por **Julio Alberto Novo, Fiscal de Cámara del Departamento Judicial de San Isidro**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro, Sala II** y el **Juzgado de Transición n° 3 del Departamento Judicial de San Isidro**.

DECSA S.R.L.

INFRACCIONES LABORALES.

Cabe revocar la sentencia de Cámara que al hacer lugar a los recursos de apelación y de nulidad interpuestos por la actora declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 18.695 –Procedimiento de Comprobación y Juzgamientos de las Infracciones Laborales– y de la resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación 100/01, en tanto exigían el pago previo de la multa para la procedencia formal del recurso de apelación pertinente, pues no sólo entendió en un recurso que no estaba legalmente previsto, excediendo los límites de su competencia, sino que además revocó la sentencia dictada a favor de la recurrente en la única instancia a la que tenían derecho las partes.

INFRACCIONES LABORALES.

Cabe revocar la sentencia de Cámara que al hacer lugar a los recursos de apelación y de nulidad interpuestos por la actora declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 18.695 –Procedimiento de Comprobación y Juzgamientos de las Infracciones Laborales– y de la resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación 100/01, en tanto exigían el pago previo de la multa para la procedencia formal del recurso de apelación pertinente, por cuanto al habilitar su jurisdicción para revisar un pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario, desconoció la regla según la cual la atribución de competencia a los tribunales inferiores de la Nación no es tarea de los jueces, sino que concierne en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación (art. 108 de la Constitución Nacional) con el objeto de asegurar la garantía del juez natural.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, revocó la decisión de la anterior instancia en lo referente a la constitucionalidad del artículo 11 de la ley N° 18.695 y resolución MTySS N° 100/01, por juzgar inaplicable el principio *solve et repete* en materia de multas. Asimismo, declaró parcialmente su nulidad en cuanto se pronunció sobre el fondo del problema sin respetar el trámite establecido (au-

diencia previa). Consecuentemente, tuvo por habilitada la instancia y dispuso que la causa, previa reasignación, continúe según su estado (v. fs. 77/78, 116/118 y 141/144).

Contra dicha decisión el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (IERIC) interpuso el recurso extraordinario, que fue contestado, concedido por configurarse cuestión federal suficiente y denegado en lo referente a la gravedad institucional (fs. 147/151, 154/156 y 159).

– II –

En síntesis, la recurrente dice que la *a quo* carece de jurisdicción en la materia porque el juez federal constituye la única instancia, conforme se desprende del artículo 11 de la ley N° 18.695 y de Fallos: 327:5710. Anota que, a pesar de haber objetado la admisibilidad del recurso de la actora, la Alzada no se expidió sobre el punto, omitiendo fundar las razones de su avocamiento. Añade que la nulidad declarada por la Sala, por no haberse respetado el trámite legal, carece de base y soslaya la inobservancia del requisito de depósito previo de la multa, reiteradamente convalidado por la Corte (Fallos: 322:1284; etc.). Alega un supuesto de gravedad institucional, puntualizando que lo decidido perturba el buen orden de los procesos, irroga una demora innecesaria y provoca una sobrecarga de trabajo en los tribunales (cfr. fs. 147/151).

– III –

En lo que aquí interesa, corresponde reseñar que el IERIC impuso a la actora, mediante resolución N° 9.107 del 5/11/01, una sanción de apercibimiento y multa en virtud de diversos incumplimientos a las normas de los artículos 13, 15, 16, 17 y 28 de la ley N° 22.250 (v. fs. 77/78).

Recurrida la decisión por nulidad y apelación (cfr. fs. 82/93), tras dejar sentado que se omitió el depósito previo de la multa, el IERIC concedió el recurso en los términos del artículo 11 de la ley N° 18.695, remitiendo la causa al Juzgado Federal (N° 2) de la Ciudad de Córdoba (v. fs. 98/99).

Ese tribunal, tras consultar el parecer del Ministerio Público Fiscal y del IERIC en torno a la regularidad constitucional del artículo

11 de la ley N° 18.695 y resolución MTSS N° 100/02 (cfse. fs. 102 y 109/114), se inclinó por declarar la validez de ambas disposiciones, haciendo hincapié en que no se probó que el depósito exigido fuera desproporcionado para la capacidad económica de la quejosa. A mayor abundamiento, anotó que no se denunciaron concreta y específicamente los vicios del procedimiento administrativo ni se desvirtuaron sus conclusiones (fs. 116/118).

Deducido recurso de apelación y nulidad contra lo así decidido (cf. fs. 127/129 y 132/134), fue concedido el por inferior (fs. 130 y 135), dando lugar al pronunciamiento de la *a quo* en crisis (fs. 141/144).

– IV –

Es claro que lo resuelto no constituye, en estricto, la sentencia definitiva a que se refiere el artículo 14 de la ley N° 48, habiendo descartado la *a quo*, por lo demás, sin queja de la interesada, que se verifique en los actuados un supuesto de gravedad institucional (fs. 159 y doctrina de Fallos: 322:752, etc.). Se suma a dicho extremo el carácter sustancialmente procesal de los agravios, que admite, incluso, la recurrente (v. fs. 150vta.).

En igual sentido y si bien no desconozco que V.E. anotó –en Fallos: 327:5710– que, en casos como el examinado, el juez federal constituye el tribunal superior de la causa, compete destacar que adquirió firmeza lo relativo a la concesión del recurso de fojas 127/129 –y con ello, para los litigantes, la jurisdicción apelada de la *a quo*– dado que, según lo enfatizó el juez de grado, la crítica vertida por el IERIC al evacuar los agravios de la apelación devino extemporánea (fs. 130, 132/134 y 135) y consintió, igualmente, el proveído que así lo declaró (v. fs. 135), como lo subraya la sumariada al evacuar los agravios del remedio federal (v. fs. 154vta.).

En otro orden, no es ocioso referir que en el supuesto citado *supra* V.E. estimó inadmisibles, en el marco del artículo 280 del Código ritual, la cuestión vinculada a la ausencia de depósito previo de la multa (v. Fallos: 327:5710, cons. 3°); y que el propio IERIC, como se apuntó a fs. 155vta., pese a la inobservancia del requisito, concedió el remedio en resguardo del derecho de defensa de la empresa (v. fs. 98/99).

En tales condiciones, procede desestimar el recurso pues, defectos como los mencionados, no se suplen con la invocación de garantías

constitucionales o la alegación de sentencia arbitraria (Fallos: 329:4928; 330:1076, 1447, etc.).

– V –

Por lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso extraordinario federal. Buenos Aires, 1 de abril de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “DECSA S.R.L. s/ Apelación (art. 11 ley 18.695)”.

Considerando:

1º) Que al hacer lugar a los recursos de apelación y de nulidad interpuestos por la actora, la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba revocó la sentencia de primera instancia, y declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 18.695 “Procedimiento de Comprobación y Juzgamiento de las Infracciones Laborales”, así como de la resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación 100/01, en tanto exigían el pago previo de la multa para la procedencia formal del recurso de apelación pertinente.

Para así decidir, el tribunal *a quo* sostuvo que el principio *solve et repete* no resultaba aplicable en materia de multas, ya que a diferencia de lo que ocurría con los tributos, su ejecución no ponía en riesgo la integridad de la renta fiscal. Asimismo, entendió que la exigencia legal de integrar previamente la multa no era compatible con la sencillez de procedimiento que exige el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Sobre esa base, tuvo por habilitada la instancia judicial, y declaró la nulidad parcial de la sentencia apelada, con fundamento en que el

a quo se había expedido sobre el fondo del asunto, sin que se hubiese celebrado la audiencia prevista en el art. 11 de la ley 18.695, y en que de esa manera había vulnerado el derecho de defensa de la apelante.

2º) Que contra ese pronunciamiento, el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (IERIC) interpuso recurso extraordinario federal, el que fue concedido a fs. 159.

La recurrente se agravia, fundamentalmente, de que al resolver como lo hizo, la Cámara asumió una jurisdicción que no le estaba legalmente atribuida, ya que de conformidad con el texto de la ley 18.695 y la jurisprudencia de esta Corte en la materia, el juez federal es la única instancia con competencia para intervenir en las apelaciones contra las resoluciones como la que en autos se cuestiona. Al respecto señala que el derecho a la apelación tiene fuente legal y que, en consecuencia, la creación de recursos no previstos legalmente es ajena a las atribuciones de los jueces. Por ello, considera que la decisión recurrida contradice el texto de la ley federal aplicable al caso, y asimismo que la decisión de la Cámara de aceptar un recurso inexistente, sin haber expresado fundamento alguno para hacerlo, descalifica al fallo por arbitrario.

3º) Que si bien las cuestiones atinentes a la interpretación y aplicación de normas de carácter procesal –aunque estén incluidas en leyes federales– resultan ajenas a la vía prevista en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 285:361; 294:293; 302:237), cabe hacer excepción a tal principio cuando lo resuelto no encuentra fundamento sino en una exégesis inadecuada de la norma aplicable, que la desvirtúa y torna inoperante (Fallos: 301:865; 306:1462; 307:933; 321:793) y afecta de manera irreparable la garantía de defensa en juicio y el derecho a ser juzgado por los jueces naturales de la recurrente.

4º) Que esta Corte ha señalado que, en el régimen de la ley 18.695, el juez federal de primera instancia es el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario, toda vez que la norma no prevé la revisión de sus decisiones (Fallos: 327:5710).

5º) Que de las constancias del expediente surge que contra la decisión del Juzgado Federal N° 2 de la Ciudad de Córdoba, que había rechazado el pedido de inconstitucionalidad de las normas que exigían el pago de la multa como requisito para acceder a la justicia y confirmado en todos sus términos la resolución IERIC 009107 de fecha

5 de noviembre de 2001 (fs. 116/118), la actora interpuso un recurso apelación y otro de nulidad (fs. 127/129).

Asimismo, se desprende de las actuaciones que el juez de primera instancia concedió esos recursos por ante la Cámara Federal de Apelaciones (fs. 130), y que esa decisión fue cuestionada por el representante del IERIC, quien solicitó la revocación del auto de concesión con fundamento en la falta de previsión legal de tales medios de impugnación (fs. 132/134). Sin embargo, el planteo de la demandada fue desestimado por el magistrado, en virtud de que había sido realizado fuera del plazo establecido en el art. 239 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para interponer el recurso de reposición (fs. 135). En tales condiciones, el juez ordenó la elevación de las actuaciones al superior, quien sin analizar previamente la admisibilidad formal de los recursos, resolvió la cuestión de fondo planteada por la empresa recurrente y revocó la sentencia de primera instancia.

6°) Que lo expuesto permite concluir que, al resolver de la forma en que lo hizo, la Cámara no sólo entendió en un recurso que no estaba legalmente previsto, y por ende, excedió los límites de su competencia, sino que además revocó la sentencia dictada a favor de la recurrente en la única instancia a la que tenían derecho las partes (Fallos: 327:5710).

Según conocida jurisprudencia de esta Corte, la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su competencia decisoria, y la prescindencia de tal limitación causa agravio a las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa en juicio (Fallos: 311:1601 y 325:1981, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor). Esta jurisprudencia resulta plenamente aplicable a casos como el presente, en el que el tribunal de alzada admitió formalmente y entendió en un recurso de apelación no regulado en las normas procesales vigentes y creó, a favor del recurrente, un derecho a la revisión del pronunciamiento del juez de primera instancia, que aquél no tenía con anterioridad a los hechos que motivaron este expediente.

Por otra parte, corresponde señalar que, al asumir una jurisdicción de la que no era titular, el tribunal recurrido alteró principios esenciales tales como el de legalidad e igualdad, debido proceso, defensa en juicio de los derechos y seguridad jurídica (Fallos: 301:689;

330:1703; 331:499, entre otros), así como el derecho del recurrente a no ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18 de la Constitución Nacional). Ello es así, por cuanto al habilitar su jurisdicción para revisar un pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario, desconoció la regla según la cual la atribución de competencia a los tribunales inferiores de la Nación no es tarea de los jueces, sino que concierne en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación (art. 108 de la Constitución Nacional) con el objeto de asegurar la garantía del juez natural.

De lo expuesto se deduce que la sentencia apelada fue dictada por el *a quo* con prescindencia de los límites que el ordenamiento jurídico vigente le impone a su jurisdicción, en tanto el tratamiento del recurso de apelación impetrado por la actora no se hallaba dentro de la competencia de la alzada, lo que importa una lesión constitucional en los términos de la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 325:1981, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor; y Fallos: 301:689; 330:1703; 331:499, entre otros).

7º) Que no obsta a lo expuesto la circunstancia de que la recurrente sólo haya invocado la falta de jurisdicción del tribunal *a quo* en oportunidad de contestar el traslado de la expresión de agravios, y no lo haya hecho en el plazo previsto en el art. 239 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para interponer recurso de reposición contra el auto de concesión. Ello es así, pues más allá de la obligación del juez de primera instancia de resolver acerca de la admisibilidad formal de los recursos intentados contra su decisión, lo cierto es que la Cámara debía –como requisito previo para ejercer su jurisdicción, y a fin de no violentar el principio de igualdad entre las partes– analizar si esos recursos habían sido correctamente concedidos por el inferior.

8º) Que en tales condiciones, corresponde concluir que al asumir jurisdicción de la forma en que lo hizo, el tribunal *a quo* vulneró el derecho de propiedad y las garantías de defensa en juicio y del juez natural de la recurrente (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional), por lo que su pronunciamiento no constituye una derivación razonada del derecho vigente, y merece ser descalificado por arbitrario.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sen-

tencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Profesionales: **Dres. Jorge Riva y Enrique Paixao (por la demandada) y José I. Somaré (por la actora).**

LUCIANO BENJAMIN MENENDEZ Y OTROS

RECUSACION.

Corresponde revocar la sentencia que resolvió la separación del juez recusado si éste no se habría expedido sobre la posible participación de los imputados ahora llamados a comparecer a juicio –lo que constituía el principal argumento utilizado para invalidar su intervención en el juicio oral previsto– y los que sí habían intervenido eran los integrantes de otra sala de la cámara.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los jueces Petracchi y Argibay, en disidencia, consideraron que los recursos extraordinarios eran inadmisibles (art. 280 CPCCN)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1, de la Provincia de Mendoza, con fecha 16 de abril y 28 de agosto de 2009, decidió no hacer lugar a las recusaciones planteadas por la defensa de los imputados en las causas 007-D, 008-D, 012-D y 021-D de su registro, en relación al juez titular de ese cuerpo colegiado, doctor Juan Antonio González Macías.

Ante ello, los defensores de Luciano Benjamín Menéndez, Orlando Oscar Dopazo, Tamer Yapur Maslup y Eberto Edgar Villegas articularon los pertinentes recursos de casación. En las respectivas presentaciones adujeron temor de parcialidad sobre la base de señalar, entre otras cuestiones, la intervención que anteriormente tuvo el juez González Macías en las mencionadas causas en su carácter de integrante de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, tribunal que conoció en estos procesos en los términos del art. 10 de la ley 23.049.

Concedidos los recursos de casación por el tribunal oral, la Sala IV de la cámara de casación decidió, en una resolución única, la separación del juez recusado. Para llegar a esa decisión el *a quo* señaló que “el conflicto remite en consecuencia al análisis de las pretéritas actuaciones en las que participó el juez recusado y a determinar si alguna o algunas de ellas avala el temor de parcialidad”. De seguido destacó: “lo cierto es que en la causa ‘Fiscal c/Menendez Luciano y otros S/Av. Inf. Art. 144C.P.’ (Expte. N° 042–F del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de Mendoza, originariamente caratulada ‘Agüero, Marta Rosa y Otros formulan denuncia’, Expte. N° 49280-A-1592 de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza) se advierten diversas resoluciones de naturaleza netamente instructoria, comprensivas al menos de uno de los hechos que se ventilarán en el debate –la desaparición de Rosario Aníbal Torres–, suscriptas por el Dr. González Macias” (cf. voto del juez Mariano González Palazzo, puntos “d” y “e”).

Contra ese pronunciamiento, los apoderados del Movimiento Ecu-ménico por los Derechos Humanos (MEDH) y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, querellantes en la causa N° 001-M y sus acumuladas, interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron concedidos a fs. 42/46.

En esencia, las querellas tacharon de arbitraria la resolución de la cámara de casación por haber “excedido los límites que impone la ley en cuanto ha sustentado sus apreciaciones en una realidad fáctica equivocada, derivando una consecuencia –el apartamiento del juez González Macías–, a partir de la construcción de una premisa falsa –la supuesta intervención del juez apartado no fue tal y en una causa que no fue objeto de recurso–” (fs. 1vta./2).

En lo que respecta a la identidad de causa, los impugnantes indicaron que el *a quo* analizó la intervención del juez recusado en el

marco de un proceso en el que se investigaba la desaparición de Rosario Aníbal Torres, a pesar de que esta circunstancia no formaba parte del objeto del recurso de casación de la defensa, que estaba llamada a conocer. Además, destacaron que esta causal de recusación había sido anteriormente introducida por la defensa en otros intentos de separación del juez González Macías (incidentes de recusación N° 33-D y 26-D) que fueron oportunamente rechazados por el Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza y que quedaron firmes ante la ausencia de actividad recursiva.

En lo que concierne a la intervención del magistrado, sostuvieron que en el caso sobre el que se apoyó la cámara de casación para afirmar la existencia de circunstancias objetivas que permitirían fundar el temor de parcialidad, el juez recusado nunca evaluó la responsabilidad de los imputados en relación con la desaparición de Rosario Aníbal Torres. Aclararon, en tal sentido, que la causa en cuestión había tramitado, durante la década de los años ochenta, en el marco de los autos N° 49173-T-581, cuyo conocimiento estuvo asignado a la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, mientras que el juez González Macías integraba la Sala A de ese tribunal.

– II –

En lo que respecta al agravio constitucional, se deduce que se encuentra involucrada una posible afectación a la garantía de juez natural (art. 18 de la Constitución nacional). Ciertamente, en la medida que, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, se sostiene que la decisión de apartar al juez del caso carece de motivación válida, se trata de la discusión acerca de la afectación de la garantía constitucional aludida. V.E. es aquí llamada a determinar si el razonamiento que se erige como fundamento de la separación del juez designado por ley anterior al hecho del proceso es homologable o si, por el contrario, debe ser revisado por no encontrarse debidamente justificado en las constancias de la causa valoradas por la Cámara Nacional de Casación Penal a tal efecto.

– III –

De la lectura del expediente se advierte que, efectivamente, la confusión en la que incurre el *a quo* encuentra explicación en la co-

existencia de dos denuncias penales paralelas, radicadas una ante la Sala A y otra ante la Sala B de la Cámara Federal de Mendoza que intervenían en los casos de crímenes cometidos durante la dictadura en los términos del art. 10 de la ley 23.049.

La primera fue remitida a la cámara federal por la justicia militar y el 22 de enero de 1987 quedó radicada ante la Sala B, integrada por los jueces Eduardo Mestre Brizuela, Antonio Endeiza y Luis Francisco Miret, bajo el N° 49.173-T-581, y carátula “Torres, Rosario Aníbal s/inv. desaparición del causante”. En el marco de estas actuaciones fueron estos magistrados los que el 16 de marzo de 1978 decidieron citar a prestar declaración indagatoria al comandante de la VIII Brigada de Infantería de Montaña, general Jorge Alberto Maradona, al jefe de la policía de Mendoza, vicecomodoro Julio César Santucciono, y al jefe del departamento de informaciones de la policía provincial (conocido como “D2”), comisario Pedro Sánchez Camargo, en relación con la desaparición de Rosario Aníbal Torres.

La segunda causa en consideración es sobre la que se apoyó el análisis de *ex a quo* para separar al juez recusado. Se trata de la causa N° 49.280-A-1592, caratulada “Agüero, Marta Rosa y otros s/denuncia” (actualmente, aún transita la etapa de instrucción ante el Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, bajo el N° 42-f, “Fiscal c/Menéndez s/Av. inf. art. 144 CP”), iniciada a partir de la denuncia interpuesta por Marta Rosa Agüero y otras doce víctimas, directamente ante la cámara federal, el 16 de febrero de 1987. Esta causa quedó radicada en la Sala A, integrada por entonces por el juez González Macías. La presentación comprendía cerca de cien casos de personas que sufrieron privaciones ilegítimas de la libertad y tormentos en distintos centros clandestinos de detención. Entre estos, efectivamente, se encontraba el referido a esta misma víctima, Rosario Aníbal Torres, que ya venía siendo objeto de conocimiento por la Sala B en la causa N° 49.173-T-581, proveniente de la justicia militar (así como otros 51 casos radicados con anterioridad en esa cámara federal). Al presentar la denuncia los propios querellantes mencionaban que muchos de los crímenes a los que aludía la presentación habían estado comprendidos en denuncias anteriores ante la C.O.N.A.D.E.P. e incluidos posteriormente en la causa promovida por la Subsecretaría de Derechos Humanos ante la justicia federal que tramitó, primero, ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y, luego, ante la cámara federal por avocación. Tal circunstancia también fue advertida por la Sala A de la cámara federal no bien recibió

la denuncia, al realizarse una certificación de causas donde se dejó constancia de que varios de los hechos denunciados ya estaban siendo investigados en otras actuaciones. En efecto, el informe suscripto por la secretaria María Estela Blanco, del 17 de febrero de 1987, identifica la existencia de un total de 52 casos, incluido el de Rosario Aníbal Torres, que ya estaban siendo investigados en otras causas radicadas ante la cámara. Lógicamente, esa certificación parece haber sido realizada a fin de evitar la duplicación de investigaciones y a excluir del conocimiento de la Sala A aquellos hechos que se encontraban en trámite ante la otra sala. En esa certificación se dejó constancia, asimismo, de que 27 de los casos denunciados no estaban comprendidos en ninguna de las investigaciones en curso.

Luego de dicha certificación actuarial, el 18 de febrero de 1987 los integrantes de la Sala A, doctores Manuel W. Maffezzini, Eduardo Mestre Brizuela y Juan Antonio González Macías, dispusieron, entre otras medidas, una serie de declaraciones testimoniales y el requerimiento a la jefatura de policía de la nómina del personal que se desempeñó en el departamento de informaciones de la policía provincial (D2) durante 1976. Entre 19 y 20 de febrero prestaron declaración testimonial algunas personas y el 21 de febrero —previa aclaración expresa de que (de conformidad con el citado informe de secretaría del 17 de febrero), del total de hechos denunciados, 52 constituían objeto de otras causas con radicación anterior— se dispusieron una serie de medidas de instrucción y la citación a prestar declaración indagatoria del comandante de la VIII Brigada de Infantería de Montaña, General de Brigada Jorge A. Maradona, el segundo comandante de esa brigada, General Mario R. Lépori, a los jefes de policía, Vicecomodoros Julio César Santuccioni y Mario A. Laporta, al jefe y segundo jefe del D2, Comisario General Pedro D. Sánchez Camargo y Comisario Inspector Juan A. Oyarzábal, respectivamente, y al agente policial de ese departamento de inteligencia, Manuel Bustos Medina.

Consecuencia directa de este relato es que el magistrado recusado no se habría expedido sobre la posible participación de los imputados —ahora llamados a comparecer a juicio— en el caso de Rosario Aníbal Torres, principal argumento utilizado por el *a quo* para invalidar la intervención del juez González Macías en el juicio oral previsto. Tal como destacan los recurrentes, ello había sido puesto ya de manifiesto por los integrantes del Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza, que tuvieron que expedirse oportunamente con relación a este mismo motivo de

recusación frente a otro intento de la defensa, fundando su rechazo en los siguientes términos: “...se advierte de la lectura de los autos 022-M, caratulados ‘Fiscal c/Menédez, Luciano Benjamín s/Av. Inf. Art. 144 bis del C.P. –Ref. Rosario A. Torres y Domingo Boritos’ que no existen actos suscriptos por el Dr. González Macías que permitan deducir su intervención en el trámite” (cf. resoluciones del 2 de diciembre de 2009 en los incidentes 026-D y 033-D, en el marco de la causa 022-M, del registro de ese tribunal). Quienes, de acuerdo con lo relatado, sí intervinieron de aquel modo fueron los integrantes de la Sala B (para mejor ilustración de V.E., junto con este dictamen se acompaña copias certificadas de las partes pertinentes de las actuaciones mencionadas que dan cuenta de las circunstancias relatadas).

La argumentación de la cámara de casación en el decisorio en crisis no parece haberse hecho cargo de la necesidad de rebatir con suficiencia el criterio expuesto por los jueces de la causa en una sentencia anterior no recurrida. Es en punto a esta cuestión que se advierte una falla en el pronunciamiento de la cámara de casación que impide su homologación como acto jurisdiccional válido en tanto derivación razonada de las constancias de la causa, en los términos de la doctrina de la arbitrariedad elaborada por el Tribunal.

– IV –

En consideración a ello, opino que corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos y dejar sin efecto la resolución impugnada para que, por medio de quien corresponda, se dicte otra con arreglo a derecho. Buenos Aires, 2 de julio de 2010. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ incidente de recurso extraordinario”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los términos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que los recursos extraordinarios concedidos a fs. 42/46 son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se los declara improcedentes. Con costas. Hágase saber y remítase en devolución.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Movimiento EcuMénico por los Derechos Humanos, Regional Mendoza**, representado por los Dres. **Pablo Gabriel Salinas, Viviana Laura Beigel, Diego Jorge Lavado y Alfredo Escayola**; y por el **Secretario de Derechos Humanos de la Nación, Dr. Eduardo L. Duhalde**.

Traslado contestado por el **Ministerio Público Fiscal**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de Mendoza**.

JORGE RAFAEL VIDELA Y EMILIO EDUARDO MASSERA

DEFENSA EN JUICIO.

El agravio fundado en la afectación de la garantía de defensa, en razón de la alegada incapacidad para estar en juicio remite a la valoración de circunstancias de hecho y a la interpretación de normas de derecho común que fue resuelta por los jueces de la causa con fundamentos suficientes, ya que la recurrente expone divergencias conceptuales en punto a las implicaciones que acarrearía el estado de salud de su asistido en el trámite de las actuaciones pero no rebate la totalidad de los fundamentos que sostienen racionalmente la sentencia apelada, ni demuestra que en la decisión del caso se haya incurrido en un error intolerable para una racional administración de justicia que de lugar a un supuesto de arbitrariedad que justifique la intervención de la Corte en una materia que, por su naturaleza, es propia de los jueces de las instancias ordinarias.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Si *a quo* dio razones suficientes para sostener que las autoridades estatales tenían la obligación de actuar *ex officio* para hacer cumplir la sanción impuesta a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, como también para declarar la inconstitucionalidad del decreto que dispuso el indulto, las objeciones que realizan los apelantes al alcance acordado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo se erige como una crítica parcial fundada en una interpretación distinta que deja incólume los fundamentos que sostiene el pronunciamiento recurrido.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Corresponde confirmar la sentencia que dejó firme el pronunciamiento que declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto de indulto 2741/90 y rechazar la crítica referida a la interpretación y aplicación por parte de la cámara *a quo* de la doctrina fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues la sujeción a la pauta establecida en uno de sus precedentes, según la cual las autoridades estatales deben actuar *ex officio* y sin dilaciones una vez advertido el incumplimiento de la obligación de evitar la impunidad y satisfacer el derecho de las víctimas, conllevó al tribunal interviniente a preterir las vallas formales que presentaba la ley doméstica para cumplir de este modo con la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino.

INDULTO.

Tratándose de la investigación de delitos de lesa humanidad, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados

partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes.

–Del precedente “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Casación Penal concedió los recursos extraordinarios contra la decisión que rechazó las impugnaciones casatorias interpuestas ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que resolvió: 1– Declarar la inconstitucionalidad parcial del decreto N° 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto indultó las penas impuestas a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera; 2– Disponer que estas actuaciones sigan tramitando de acuerdo con el régimen del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) y remitirlas al Juzgado Nacional de Ejecución Penal que corresponda, para que se reanude la ejecución de aquellas penas; 3– No hacer lugar a la pretensión de Graciela Beatriz Daleo y Ana Martí de que se las tenga por partes querellantes.

– II –

La defensa de Videla se agravia por los siguientes motivos:

Primero, afirma que la casación no tuvo en cuenta que, con sujeción al precedente de Fallos: 328:137, Videla llevaría cumplidos veintinueve años de detención, considerando la totalidad de los procesos en los que resulta o resultó imputado, por lo que la decisión impugnada, en su opinión, aniquila derechos constitucionales, al seguir prolongando de manera indefinida la privación de la libertad de aquél, y contraría el principio “*pro homine*”, consagrado en el precedente de Fallos: 331:858.

Segundo, alega que la Cámara Federal se contradijo, pues, por un lado, reconoció que la ley 23.049, que le había otorgado competencia,

perdió vigencia, de manera que este incidente debe tramitar de acuerdo con la ley 23.984 y, por consiguiente, ante el juez de ejecución que corresponda; pero, al mismo tiempo, declaró la inconstitucionalidad parcial del indulto. En otras palabras, la defensa aduce que la Cámara Federal reconoció su incompetencia y, no obstante ello, se pronunció sobre el fondo de lo peticionado por los pretensos querellantes. Y se agravia porque afirma que la casación omitió responder a este argumento.

Tercero, sostiene que aun cuando se reconociera competencia a la Cámara Federal para pronunciarse en este incidente, su decisión sería igualmente ilegítima por haberla dictado de oficio. En efecto, recuerda que ese tribunal hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad solicitada por los pretensos querellantes y, a la vez, resolvió no tenerlos por tales, mientras que el fiscal nunca excitó su jurisdicción. Con base en estas circunstancias, cuestiona la imparcialidad de ese tribunal y entiende que la casación no debió confirmar su decisión.

Cuarto, sugiere que se han violado los principios de la cosa juzgada, en cuanto, en su opinión, se pretende revisar los hechos juzgados en 1985, y de la preclusión y estabilidad de las decisiones judiciales, porque considera que se intenta prescindir de las sentencias de la Cámara Federal y de la Corte Suprema que confirmaron, en su momento, la legitimidad del indulto.

Por último, arguye que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaran que todos los delitos, incluso los más graves sancionados con la pena de muerte, pueden ser indultados. Y que, de acuerdo con lo que define la “intención del legislador” —en este caso, la Convención Nacional Constituyente de 1994—, la única excepción a la facultad de indultar, concedida al Poder Ejecutivo Nacional por el art. 99, inc. 5, de la Constitución, es la prevista en el art. 36 del mismo cuerpo legal. Mucho más en este caso, según su opinión, donde no se trata de un indulto a procesados, sino a condenados con sentencia definitiva que, incluso, habían iniciado a cumplir sus penas, de modo que no resultaría aplicable el precedente “Mazzeo” (Fallos: 330:3248). Sin embargo, alega que la casación, al decidir de manera contraria a tales tesis, no analizó los argumentos que esa parte brindó para apoyarlas.

Por su parte, la defensa de Massera coincide con lo expuesto por los letrados de Videla respecto de la supuesta falta de excitación de la jurisdicción y la violación de la cosa juzgada, y agrega que se vio

impedida de ejercer su asistencia técnica de modo eficaz, puesto que su asistido, como ha sido declarado en otro proceso, se encuentra en estado de incapacidad para estar en juicio.

– III –

1. De entre las cuestiones planteadas por las recurrentes, entiendo que corresponde tratar en primer lugar la que se refiere al presupuesto esencial del ejercicio de la jurisdicción: la competencia; ya que si hubiese estado ausente desde el avocamiento de la Cámara Federal, como alega la defensa de Videla, no sería necesario entrar en las demás impugnaciones (dictamen de esta Procuración en S.C., D 576, XLIV, “Dillon, Juan Carlos s/recurso extraordinario”).

La cámara justificó su intervención afirmando que “el hecho de haber asumido el conocimiento y dictado sentencia en este proceso (***de acuerdo con las facultades que confiere el último párrafo del artículo 10 de la ley 23.049***) es la circunstancia a partir de la cual debe concluirse que es competencia de esta Cámara efectuar el análisis constitucional del decreto de indulto...” (fs. 216 vta., la bastardilla y el resaltado me pertenecen).

Pero al mismo tiempo sostuvo que ***la ley 23.049 perdió vigencia a raíz de la sanción, el 18 de octubre de 1995, de la ley 24.556***, por medio de la cual se aprobó la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, toda vez que en el primer párrafo de su artículo 9 excluye la posibilidad de que los acusados de ese delito sean sometidos a la jurisdicción militar (fs. 229).

Por lo tanto –continuó–, puesto que esta causa nunca se sustanció bajo el régimen de la ley 2.372, sino de acuerdo con la ley castrense, correspondía que el presente incidente tramitara de conformidad con el Código Procesal Penal de la Nación (fs. 229 vta./230 y sus citas).

Sobre la base de estas consideraciones resolvió, por un lado, declararse competente para decir de la inconstitucionalidad del indulto y, por otro, reconocerle competencia a la Justicia Nacional de Ejecución Penal –de acuerdo con el artículo 74 de la ley 24.121– para proseguir con la ejecución de las penas (fs. 230 vta.)

Tal forma de resolver el pleito al amparo de una competencia que ora acepta, ora rechaza, no mereció de la casación más comentario que

éste: “la cámara dictó la resolución impugnada por haber sido el tribunal que oportunamente hizo efectiva[s] las disposiciones en materia de indulto...” (fs. 510, voto del juez Yacobucci, al que adhiere el juez Riggi), sin ser sopesado con el reconocimiento que hace ese mismo tribunal de que había perdido su competencia para entender en esta causa hace más de una década. Ni tener en cuenta lo que señalara Soler, cuando desde esta Procuración sostuvo que si la jurisdicción de los jueces ha sido restringida por obra de la ley, “entonces no puede afirmarse que sigan teniendo poder para juzgar las causas de que se trate, por donde resulta evidente que cuando otros tribunales permanentes asumen el poder jurisdiccional que a ellos correspondía no les quitan o sacan algo que siguiera estando dentro de sus atribuciones.” (citado en el precedente de Fallos: 306:2101, en particular 2131).

Ahora bien, según mi manera de ver, la insuficiente respuesta de la casación no habilita, sin embargo, la jurisdicción extraordinaria. Es que no siempre los razonamientos confusos, o inclusive equívocos, obedecen a una sinrazón originaria (ello de superar el primer óbice formal que se desprende de la doctrina de Fallos: 310:1486, 2214; 315:66; 327:312, desde un lado, y de Fallos: 324:354, 533; 327:312, 1245, desde otro), y aquí, más allá de que los enunciados fueron erróneos, entiendo que la razón existe. Es que el tribunal de donde emana la decisión contrariada, es la cámara que antes dictó la condena, que actuó como órgano de ejecución y que declaró extinguida la pena por indulto. Por ello, que dijera luego de la inconstitucionalidad de ese indulto, no es un hecho que socave el instituto de la jurisdicción. No debe llevar a confusión la circunstancia de su desprendimiento posterior de la competencia: en modo alguno se debió a la materia, sino simplemente a división de funciones. Tan es así que el código de rito (en particular los arts. 36, 49 y 50) incluso reconoce validez, en esos casos, a los actos procesales cumplidos por el tribunal declinante.

En definitiva, no considero cuestionable el avocamiento de la cámara, que tuvo como efecto evitar, sin dilaciones, la impunidad de condenados por crímenes de lesa humanidad, en salvaguardia, entre otras bondades, de la responsabilidad internacional del Estado argentino (doctrina de Fallos: 327:3312; 328:2056; 330:3248).

2. V.E., en el precedente “Hagelin” (Fallos: 326:3268), dejó sentado que a la víctima de delitos de lesa humanidad le asiste el derecho a peticionar ante los jueces competentes, con el objetivo de perseguir el castigo de los culpables, y que la negación a darle respuesta por

no considerarla parte del proceso o portadora de un interés legítimo, constituye afectación al derecho a la jurisdicción. Sobre la base de ese criterio, los ministros Petracchi y López al acompañar el voto de la mayoría, sostuvieron que “resulta difícil invocar razones que permitan justificar que un Estado verdaderamente interesado en la persecución de violaciones a los derechos humanos no le permita a las víctimas **impulsar y controlar** en el proceso mismo el cumplimiento de las obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional” (considerando 6, la bastardilla y el resaltado me pertenecen).

Y si a las víctimas les asiste, cuanto menos, el derecho a ser oídas, ¿pueden los jueces, luego de esta audición, y estando ante un caso de violación de los derechos humanos, permanecer mudos? No lo creo posible; si ellos oyeron válidamente, deben pronunciar un veredicto —*decir con verdad*—, porque a la escucha sigue, inexorablemente, y en la relación justiciable-juez, la devolución de la escucha.

Por lo tanto, no estamos aquí ante una violación del principio *ne procedat iudex ex officio*, pues el ejercicio de la jurisdicción no sólo quedó habilitado, sino que era obligatorio ante la petición de las damnificadas, a quienes no se puede negar, por haber sufrido el avasallamiento de sus derechos fundamentales, que reclamen y obtengan de la justicia lo que por derecho corresponda. Reflexiones que, por cierto, van más allá de ceñir la cuestión a si las peticionantes deben o no ser tenidas por *parte formal en carácter de querellantes* en el proceso.

3. En lo que se refiere a las alegadas violación de la cosa juzgada y constitucionalidad del indulto, el Procurador General Righi sostuvo recientemente, en un caso similar al presente, una postura contraria a esos predicados (dictamen en el precedente “Mazzeo”, citado en el acápite II).

Y lo cierto es que cuando la cabeza del Ministerio Público Fiscal fija determinada postura, ésta, más allá de opiniones personales, queda revestida —así lo dije en el dictamen del caso “Patti” (Fallos: 331:549)— de autoridad para todos los magistrados de este Organismo que, dicho sea de paso, posee “organización jerárquica” y “unidad de actuación” (art. 1º, ley 24.946).

Esta postura del Procurador General Righi se ve robustecida por el hecho de que el Tribunal se pronunció en igual sentido. En efecto, explicó que, ante una declaración de culpabilidad por delitos de lesa

humanidad, el Estado tiene la obligación internacional de “sancionar adecuadamente a los responsables”, por lo que dejó establecido, contrariamente a lo sostenido por la defensa de Videla, que el indulto es inoponible para casos como el *sub examine* y que no se puede hacer valer la objeción de cosa juzgada derivada de él, so pena de que el Estado incurra en responsabilidad internacional (cfr., especialmente, considerandos 10 al 38); decisión que lleva ínsito todo el vigor que le otorga su lozanía y la mayoría de los votos que la afirman.

Ante este acotado pero indubitable panorama institucional y jurisdiccional, me permitiré recordar que hace dieciocho años, al dictaminar en el precedente “Agosti” (Fallos: 316:832), sostuve que “cabe poner de relieve, como fundamento de cualquier reflexión que se haga al respecto, que conforme es doctrina del Tribunal, el indulto es un perdón de la pena y no de la condena [...] Por lo tanto, al conservar su vigencia la condena, declarativa de los hechos delictivos que la motivaron, subsiste la declaración de culpabilidad y permanece destruida toda presunción de inocencia”.

Y que permanece, inclusive, el deshonor y desdoro que la condena penal implica, ya que subsiste “una descalificación que no puede considerarse revocable para quien eludió la condenación condigna” (Fallos: 216:162).

Lo recordado sirve para poner en evidencia que, en las sucesivas declaraciones del tribunal: la que concede el perdón y la que lo revoca, no se discutió para nada sobre los hechos y conductas que motivaron la condena firme y plenamente vigente, pues ambas resoluciones, como se dijo, no afectan ni pueden afectar de modo alguno la declaración de culpabilidad que contiene aquella decisión. Con lo que, desde este punto de vista, son ajenas al principio de inmutabilidad de la cosa juzgada, garantía que, como ha dicho V.E., “se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal...” (considerando 33 del voto de la mayoría en “Mazzeo”).

Videla y Massera *nunca dejaron de estar condenados* por los crímenes en que intervinieron como cabezas del plan sistemático y clandestino de aniquilación de personas en violación de los derechos humanos, y esa condena, no la pena, devino firme, inmutable e irrepetible. El indulto que a ojos de V.E. es inconstitucional —como ya se dijo—, no puede mantenerse bajo pretexto de principios que le son ajenos. ¿Puede Ticio oponer un título ante el perdón inmerecido?

4. Por último, afirmada la existencia de los presupuestos procesales que habilitaron a la Cámara Federal para pronunciarse respecto de la situación de Videla, entiendo que tampoco debería prosperar el supuesto agravio relativo a la imposibilidad de proseguir con la ejecución de la pena que se le impuso en esta causa, al tener en cuenta el tiempo que llevaría privado de su libertad con motivo de todos los procesos en los que resulta o resultó imputado.

En primer lugar, advierto que la jurisdicción de V.E. no ha quedado habilitada para pronunciarse sobre este tema, puesto que no ha sido incluido en la resolución que concede el recurso extraordinario de Videla (cfr. fs. 593/594 vta.) y la parte no ha deducido queja al respecto (doctrina de Fallos: 318:141; 322:752; 329:5033, entre otros).

De todas formas, se debe tener en cuenta que Videla ha sido condenado a la pena de reclusión perpetua en esta causa, por lo que el tiempo transcurrido en prisión con motivo de otros procesos, sólo puede incidir a los efectos de una eventual liberación anticipada y no para el cómputo de la pena unificada que se le debería imponer. Vale decir que la misma objeción puede ser introducida, mediante los mecanismos técnico-procesales del caso, ante el juez de ejecución competente, de confirmarse la decisión que aquí se recurre.

– IV –

Párrafo aparte merece la impugnación referida a la incapacidad de Massera, que en mi opinión, debe prosperar. En este sentido, no parece correcta la afirmación de falta de agravio, sostenida por el tribunal *a quo*, sobre la base de que la etapa procesal por la que hoy decurre esta causa, es la de ejecución penal, y las disposiciones que la rigen no contemplan la suspensión de la pena, sino su cumplimiento en establecimientos especiales de carácter asistencial médico y psiquiátrico (fs. 508 vta. y 523 vta./524). Ni que tampoco habría agravio en lo que hace a la defensa material de Massera pues aquí se discute una cuestión de puro derecho (fs. 208 vta.)

Lo cierto es que, como afirma la recurrente, estamos ante una incidencia que, de confirmarse la declaración de inconstitucionalidad del indulto, tendrá efectos punitivos, lo cual constituye, en definitiva, no sólo el fin de la petición efectuada por las damnificadas, sino que es lo que da sentido a estas actuaciones. Y como Massera no está en su sano

juicio (cfr. fs. 109/112, 123/124, 136/137, 208/209, 332, 358/359, 373/374, 382/383, 389/390, 397/398, 408/409, 412/413, 421/429 y 489/498), no puede actuar por sí para intentar resistir esa pretensión punitiva y ello afecta irremediabilmente su derecho de defensa.

Basta con transcribir, para comprender mejor esta opinión, algunas de las conclusiones expuestas por los médicos forenses que lo examinaron el último mes de marzo: “1º) Del informe pericial practicado en el momento actual a Emilio Eduardo Massera surge que sus facultades mentales no encuadran dentro de la normalidad psicojurídica; 2º) El peritado presenta un Trastorno Psicorgánico que trae aparejado un Deterioro Cognitivo Global; 3º) El curso de dicha afección es crónico, irreversible y potencialmente evolutivo [...] 4º) Durante el examen pericial no se han podido constatar elementos semiológicos que permitan considerar un estado de simulación.” (fs. 494/495). Y, en el mes de abril, confirmaron este diagnóstico y concluyeron que Massera “**no se encuentra en condiciones de afrontar un proceso**” (fs. 498, la bastardilla y el resaltado me pertenecen).

Por lo demás, en nada cambia que la materia de este incidente sea considerada “*de puro derecho*”, pues V.E. ya ha tenido oportunidad de afirmar que “es difícil, cuando no imposible, realizar esta comparación entre cuestiones de hecho y de derecho” (Fallos: 328:3399, considerando 27 del voto de la mayoría), y, como alega la defensa, “ninguna cuestión relativa al ejercicio del poder punitivo del Estado es puramente objetiva [...] en primer lugar, porque se aplica a un sujeto; en segundo lugar, porque ese sujeto no es ‘sólo objeto’ de la punición, como se pudo creer en otros tiempos.” (fs. 583).

¿Podía ser suplida su participación como sujeto en causa penal por un representante, ya fuere curador, curador *ad-litem*, o defensor?

Además, si absurdo es pensar que se pueda enjuiciar al loco, no lo es menos suponer que se lo pueda penar, pues la resocialización es uno de los fines de la pena, quizá el esencial, conforme lo recordó V.E. en “Maldonado” (Fallos: 328:4343, en particular, considerando 23 del voto de la mayoría), y mal se puede habilitar en una parte –su conducta social– a quien es inhábil en el todo –su voluntad plena–.

Por ello entiendo que este proceso debió suspenderse respecto del condenado Massera.

Y no existe en este caso el peligro del que alertaba Eduardo Costa, cuando al aconsejar al Tribunal respecto de la viabilidad de un habeas corpus presentado en favor de un homicida demente, dijo: “*Es original se pretenda se deje en libertad a un demente, que acaba de matar a un hombre, probablemente para que mate a otro, y todo por el recurso de habeas corpus.*” (Fallos: 35:92), puesto que Massera quedaría sometido a medidas de seguridad.

– V –

Por lo expuesto, opino que V.E. puede:

1) Declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto por la defensa de Jorge Rafael Videla y confirmar la decisión recurrida en todo cuanto fuera materia de impugnación por esta parte;

2) Declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto por la defensa de Emilio Eduardo Massera, anulando lo actuado a su respecto. Buenos Aires, 30 de octubre de 2009. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar los recursos de casación deducidos por las defensas de Jorge Rafael Videla (fs. 234/269) y de Emilio Eduardo Massera (fs. 270/289), dejó firme el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (fs. 215/230), en cuanto declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto 2741/90

del Poder Ejecutivo Nacional, por el que el entonces Presidente de la República, doctor Carlos Saúl Menem, había indultado las penas de reclusión y prisión perpetua que se habían impuesto a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera, respectivamente, en la sentencia dictada en la causa 13/84 de esa cámara.

Contra aquella decisión, las defensas interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 548/568 y 569/587, que fueron contestados por el fiscal a fs. 589/591, y concedidos a fs. 593/594.

2º) Que en el recurso extraordinario la defensa de Jorge Rafael Videla cuestionó, con invocación de presentarse una cuestión federal configurada por recurrirse una sentencia arbitraria en los términos de la doctrina de esta Corte sobre la materia, la competencia de la cámara federal para intervenir en el caso, a la par que mantuvo su planteo atinente a la nulidad de lo actuado en virtud de la intervención *ex officio* por parte de ese tribunal; además, como cuestión constitucional de fondo, planteó la validez del indulto dispuesto a favor de su defendido por no contradecir ninguna cláusula de la Constitución Nacional ni de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que precisó.

Por su lado, la defensa de Massera proclamó la afectación de la garantía constitucional de defensa y señaló que no se encontraba en condiciones de ejercer una asistencia técnica eficaz, ya que su asistido padecía de incapacidad para estar en juicio; en forma subsidiaria, planteó la vulneración del debido proceso argumentando que la jurisdicción de las cámaras intervinientes no había sido debidamente habilitada por el Ministerio Fiscal, única parte legalmente legitimada en este expediente.

3º) Que, en primer lugar, el agravio fundado en la afectación de la garantía de defensa de Emilio Eduardo Massera, en razón de la alegada incapacidad para estar en juicio, remite a la valoración de circunstancias de hecho y a la interpretación de normas de derecho común que ha sido resuelta por los jueces de la causa con fundamentos suficientes, lo que descarta la tacha que se le dirige.

Ello es así, pues la recurrente expone divergencias conceptuales en punto a las implicaciones que acarrearía el estado de salud de su asistido en el trámite de estas actuaciones, pero no rebate la totalidad de los fundamentos que sostienen racionalmente la sentencia apelada (fs. 582/584), ni demuestra que en la decisión del caso se haya incurrido

en un error intolerable para una racional administración de justicia según el estándar definido en “Estrada” (Fallos: 247:713) y recordado en “Córdoba – Convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007 s/ recurso de apelación y nulidad” (Fallos: 330:4797)– que dé lugar a un supuesto de arbitrariedad que justifique la intervención de este Tribunal en una materia que, por su naturaleza, es propia de los jueces de las instancias ordinarias.

4º) Que, en cuanto concierne a las objeciones expuestas por los apelantes en punto a la intervención de la cámara federal, ya sea por la incompetencia, o fuera por la actuación *ex officio*, son inadmisibles.

5º) Que, en efecto, las peculiares características que reviste la situación planteada en este expediente torna de aplicación la doctrina de esta Corte según la cual la determinación del tribunal competente no debe sujetarse en demasía a consideraciones de derecho de fondo o forma, pues en tanto quede salvaguardada la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, las normas que rigen el caso admiten un margen de distinción para los supuestos en que su aplicación rigurosa contrariara el propósito de la mejor, más expeditiva y uniforme administración de justicia (Fallos: 261:20 y 293:115).

6º) Que, en el caso, el tribunal *a quo* ha explicitado fundamentos opinables para resolver del modo en que lo hizo, y tal circunstancia impide que el caso dé lugar a una decisión constitucionalmente insostenible a la luz del principio recordado en el considerando 3º; y, por otro lado, no se advierte que se encuentre afectada la garantía de juez natural que se invoca, pues según surge de la doctrina de “Grisolía, Francisco Mariano” (Fallos: 234:482) y “Videla, Jorge Rafael” (Fallos: 306:2101) –entre otros– la cláusula contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía elíptica, una verdadera comisión especial enmascarada bajo el ropaje de una reforma legislativa de naturaleza procesal; situación que carece de todo punto de contacto con la actuación cumplida en el *sub lite* por la cámara de origen.

7º) Que, por otra parte, el tribunal *a quo* ha dado razones suficientes para sostener que las autoridades estatales tenían la obligación de actuar *ex officio* para hacer cumplir la sanción impuesta a los responsables

de las graves violaciones a los derechos humanos, como también para declarar la inconstitucionalidad del decreto que dispuso el indulto que aquí se trata, de modo que las objeciones que realizan los apelantes al alcance acordado por el tribunal *a quo* a la sentencia del “Caso del Penal Miguel Castro Castro” de la Corte IDH, sólo se erige como una crítica parcial fundada en una interpretación distinta que deja incólume los fundamentos que sostiene el pronunciamiento recurrido.

8º) Que, cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21).

Con tal comprensión esta Corte remarcó –mediante la cita de diversos precedentes de aquel tribunal internacional– la obligación del Estado Argentino no sólo de investigar sino también de castigar los delitos aberrantes, deber que no podía estar sujeto a excepciones.

9º) Que, precisamente sobre la base de tales principios, no es posible atender la crítica que exponen los recurrentes en punto a la interpretación y aplicación por parte de la cámara *a quo* de la doctrina fijada por la Corte IDH en la sentencia del “Caso del Penal Miguel Castro Castro”, pues la sujeción a la pauta establecida en dicho precedente, según la cual las autoridades estatales deben actuar *ex officio* y sin dilaciones una vez advertido el incumplimiento de la obligación de evitar la impunidad y satisfacer el derecho de las víctimas, conllevó al tribunal interviniente a preterir las vallas formales que presentaba la ley doméstica para cumplir de este modo con la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino.

10) Que, sentado ello, cabe señalar que con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de

esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327:3117).

Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Desde esta comprensión, los reparos que sobre el particular esbozan las defensas, son inadmisibles.

11) Que, por último, corresponde rechazar por insubstancial el resto de los agravios vinculados a la alegada constitucionalidad del decreto de indulto 2741/90, en tanto los planteos de la recurrente promueven el examen de cuestiones sustancialmente análogas, *mutatis mutandi*, a las tratadas y resueltas en la sentencia dictada el 13 de julio de 2007 en la causa “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir dado que son plenamente aplicables al *sub lite*.

12) Que no obsta a ello, como pretenden los recurrentes, que en aquel caso se tratara de procesados y no de condenados como aquí, pues allí se señaló que “los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo”, y que “...cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si

se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes” (considerando 31 del fallo citado).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declaran procedentes los recursos extraordinarios con el alcance que surge de los considerandos y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario deducido por el Dr. **Alberto Rodríguez Varela**, en representación de **Jorge Rafael Videla**, y por la **Dra. Eleonora Devoto**, en representación de **Emilio Eduardo Massera**.

Traslado contestado por **Ricardo Gustavo Wechsler**, titular de la **Fiscalía N° 3 ante la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal –Sala II–**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal**.

JORGE ALBERTO GUZMAN

RECURSO IN FORMA PAUPERIS.

Si el defensor oficial, en lugar de dar sustento jurídico al recurso in forma pauperis se limitó a transcribir los agravios que se habían alegado en dicha presentación, pero no desarrolló una crítica concreta y razonada de los argumentos en los que se apoyó la declaración de culpabilidad y la cuantificación de la pena, dicha circunstancia importa un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad de todo lo actuado a partir de dicho recurso por carecer de una asistencia efectiva de la defensa, máxime si se trataba de una defensa técnica provista por el Estado y la debida fundamentación de esa impugnación resultaba fundamental para que se cumpliera eficazmente con la revisión integral de la sentencia condenatoria en los términos expuestos en el caso “Casal”.

– Las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación motivaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Jorge Alberto Guzmán en la causa Guzmán, Jorge Alberto s/ homicidio simple –causa N° 40/06–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba declaró formalmente inadmisibile el recurso de casación deducido contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal Económico de la ciudad homónima que había condenado a Jorge Alberto Guzmán a la pena de ocho años y seis meses de prisión por considerarlo cómplice secundario del delito de homicidio agravado (arts. 46, 79 y 41 bis del Código Penal). Contra ese pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación dio origen a la presentación de una queja *in forma pauperis* que fue fundada por el defensor oficial ante esta Corte Suprema.

2°) Que si bien es doctrina del Tribunal que sus sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario, constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado. Es por ello que, en el cumplimiento de un adecuado servicio de justicia, esta Corte no debe circunscribir su intervención al examen del procedimiento seguido en la sustanciación de la apelación extraordinaria cuando se haya producido un menoscabo a la defensa en juicio del imputado durante el trámite de la vía recursiva ante el superior tribunal provincial (conf. Fallos: 319:192, considerando 4° y 5°).

3°) Que esta situación se presenta de manera ostensible en el caso dado que de la lectura del recurso de casación de fs. 311/317 se advierte con claridad que el defensor oficial, en lugar de dar sustento jurídico al recurso *in forma pauperis* de fs. 291/296 (efectuado por el imputado

en su lugar de detención) se limitó a transcribir los agravios que se habían alegado en dicha presentación, pero no desarrolló una crítica concreta y razonada a los argumentos en los que se apoyó la declaración de culpabilidad y la cuantificación de la pena (conf. Fallos: 327:5095, considerandos 12 y 13).

4° Que la silenciosa aceptación de tal proceder es incompatible con el principio que impone a los jueces en materia criminal extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio. Es por ello que los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, y es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda (Fallos: 308:1386; 310:492, entre otros).

5° Que, por ende y de acuerdo con lo decidido en casos análogos “Noriega” (Fallos: 330:3526) y “Nacheri, Alberto Guillermo” (Fallos: 332:1095), la circunstancia señalada en el tercer considerando importa un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad de todo lo actuado a partir del recurso *in forma pauperis* de fs. 291/296 por carecer de una asistencia efectiva de la defensa, máxime que se trataba de una defensa técnica provista por el Estado (conf. Fallos: 311:2502, considerando 10) y que la debida fundamentación de esa impugnación resultaba fundamental para que se cumpliera eficazmente con la revisión integral de la sentencia condenatoria en los términos expuestos por esta Corte en el caso “Casal” (Fallos: 328:3399).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del recurso *in forma pauperis* de fs. 291/296, para que se le otorgue al imputado una efectiva asistencia letrada. Notifíquese, agréguese al principal y remítanse.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)
— CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS
MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese previa devolución de los autos principales.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Jorge Alberto Guzmán, asistido por el Defensor Oficial Dr. Julián Horacio Langevin.**

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara en lo Criminal Económico de la Provincia de Córdoba.**

JOSE CARLOS QUARANTA

REGLA DE EXCLUSION.

Si el juez no expresó las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, y tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial ya que lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en el procedimien-

to, en tanto no hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso.

–La Dra. Carmen M. Argibay, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibile (art. 280 CPCCN)–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al recurso de casación articulado por la defensa de Carlos José Q. contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de esta ciudad, en la que se rechazó el planteo de nulidad de esa parte y se condenó al imputado a las penas de cinco años de prisión y multa de diez mil pesos por resultar autor del delito de confabulación) artículo 29 bis de la ley 23.737).

Esta decisión motivó que se interpusiera el recurso extraordinario de fs. 28/43, cuya denegación a fs. 47/48, originó la presente queja.

– II –

Con sustento en la garantía que protege contra las injerencias arbitrarias en la intimidad de las comunicaciones privadas (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional; 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), la defensa sostiene la invalidez de la intervención de la línea telefónica N° 942-0347, ordenada a fs. 3 de la causa principal.

En ese sentido, alega que la respectiva orden judicial carece de fundamento (artículos 123 y 236 del Código Procesal Penal), al reconocer como únicos antecedentes: a) una denuncia telefónica anónima recibida por la Superintendencia de Drogas Peligrosas de la Policía Federal, en la que se daba cuenta que Susana R., domiciliada en calle Venezuela..., de esta ciudad, se dedicaría al comercio de estupefacientes; y b) la opinión de los fiscales pidiendo al juez la concreción de la medida y la realización de tareas de inteligencia sobre el domicilio denunciados (fs. 1/2 del principal).

En lo que aquí interesa, se tuvo por probado que el cauce de investigación que condujo hasta Q. tenía directa vinculación con las escuchas surgidas de la interceptación de la línea telefónica de R., mediante las cuales pudieron conocerse los contactos que su conviviente, Oscar Eduardo P., mantenía con Carlos Fortunato V. y éste, a su vez, con los restantes participantes de la organización, entre los que figuraba el imputado (conf. sentencia de fs. 3499/3519).

Para una mayor claridad expositiva, resulta conveniente efectuar un breve relato de los antecedentes del caso, de donde surge que la cuestión planteada por la defensa fue objeto de resolución por la Sala IV de la Cámara de Casación en tres oportunidades.

a) En la etapa de instrucción, el *a quo* se pronunció acerca de la validez de la intervención telefónica al admitir el recuso de casación interpuso por el fiscal, y revocar la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero que había declarado la nulidad del auto de fs. 3 y de todo lo actuado en consecuencia (fs. 2.666/2.673 vta.).

Fundada dicha resolución en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entendió, por mayoría, que la medida no se originó en la propia voluntad del juez, sino que fue ordenada para corroborar la ocurrencia de los hechos objeto de pesquisa, en el marco de una línea de investigación iniciada por la prevención y respaldada por los representantes de este Ministerio Público. Así, descartó la presencia de arbitrariedad, y consideró que los antecedentes que sirvieron de sustento a la emisión de la orden constituían suficiente fundamento de la medida.

b) Arribada la causa a juicio, la defensa volvió sobre su primigenio planteo de nulidad, cuya admisión por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de esta ciudad, derivó en la absolución de Q. (fs. 3178/3183).

Impugnado el pronunciamiento por el fiscal general, y promovida sin logro la reacusación de los jueces de la Sala IV (fs. 3208/3213 vta.; 3219/3220) por parte de la defensa, estos magistrados sostuvieron la inexistencia de motivos suficientes para modificar su anterior tesitura, al no advertir elementos nuevos que hicieran necesario alterar lo decidido en relación a la legitimidad de la interceptación telefónica (fs. 3244/3247).

c) Revocada la decisión absolutoria, se celebró juicio de reenvío, donde la defensa insistió con la invalidez de la orden de fs. 3, siendo este cuestionamiento rechazado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 con base en los principios de preclusión y progresividad (fs. 3499/3519). Idéntico criterio siguió por unanimidad la Sala IV, al pronunciarse con motivo del recurso de casación cuya denegación dio lugar a la vía federal en trato (fs. 3567/3569).

– III –

Adelanto mi opinión en el sentido de que la apelación federal no puede prosperar y que fue correctamente denegada por el *a quo*.

En efecto, a lo largo de todo el trámite del proceso tal como se desprende del relato que antecede, los planteos nulificantes de la defensa motivaron tres resoluciones de la Cámara Nacional de Casación Penal. La defensa intentó cuestionar en diferentes oportunidades la validez e interpretación que ese tribunal le otorgó a la resolución y a las normas procesales (artículos 123 y 236 del ordenamiento ritual) sobre las que se fundó en el inicio del proceso la intervención telefónica.

Sin embargo, el recurrente no rebatía adecuadamente los fundamentos dados por la Cámara Nacional de Casación Penal en la resolución de fs. 3567/3569 en tanto sostiene que “entre la última intervención de la Sala (fs. 3244/3247) y la que ahora nos ocupa no se produjo ninguna modificación de los elementos de juicio vinculados con la cuestión relativa a la legalidad del decreto de intervención telefónica, por lo que resulta forzoso concluir que un nuevo examen de la cuestión importaría la violación de los principios de progresividad y preclusión que rigen el proceso penal, los que tienden a evitar que los procesos se retrotraigan a etapas superadas y se prolonguen indefinidamente, pues así lo imponen razones de seguridad jurídica y la necesidad de obtener dentro de plazos razonables una decisión que ponga fin a los pleitos...”, con abundante citas de fallos.

Y es justamente contra esta resolución contra la cual se interpuso el recurso extraordinario a mi juicio correctamente denegado. Porque para la procedencia del recurso de excepción es menester que se asuman y rebatan todos y cada uno de los fundamentos de la decisión que motiva los agravios (Fallos: 303:109; 304:1048; 312:1716). Y la parte invoca aisladamente precedentes de la Corte que no se corresponden con las circunstancias del presente expediente ni con la decisión motivo de agravio.

Asimismo, sin perjuicio de las deficiencias del recurso sobre la materia, –que permitirían descalificarlo por infundado en estos aspectos–, procede poner de resalto que en el recurso *sub examine* la defensa vuelve a cuestionar la inteligencia e interpretación asignada –con fundamentos suficientes– por los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal a normas de orden procesal, sin hacerse debidamente cargo de los argumentos del *a quo* (Fallos: 313:525; 326:1877; 329:1522, entre muchos otros).

Por consiguiente, y tal como lo sostiene inveteradamente V.E, la mera reedición por las partes de los argumentos vertidos en las instancias anteriores no constituye una crítica concreta y razonada del pronunciamiento recurrido (Fallos: 288:108; 289:329; 307:2216) lo que determina el rechazo del recurso (Fallos: 315:59; 317:373; 317:442; 318:2266).

– IV –

Por los motivos expuestos, considero que la queja interpuesta es improcedente y que el recurso extraordinario fue correctamente denegado. Buenos Aires, 28 de septiembre de 2007. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Carlos José Quaranta en la causa Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 –causa N° 763–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que resolvió no hacer lugar al recurso de la especialidad que la defensa de Carlos José Quaranta había interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de

esta ciudad, en la que se rechazó un planteo de nulidad y se condenó al imputado a las penas de cinco años de prisión y multa de diez mil pesos por resultar autor del delito de confabulación (art. 29 bis de la ley 23.737), dicha parte presentó el recurso extraordinario cuya denegación motivó esta presentación directa.

2º) Que las presentes actuaciones se iniciaron a partir de un llamado telefónico anónimo dirigido a la Superintendencia de Drogas Peligrosas de la Policía Federal. Allí se indicaba, en lo que interesa, que "...la moradora de la finca emplazada en la calle Venezuela N° 2452, Planta Baja, depto. B)...que respondería al nombre de Susana Rodríguez de aproximadamente 30 años de edad, teléfono 942-0347, se dedicaría al tráfico de estupefacientes, más precisamente a la comercialización de troqueles de L.S.D. y anfetaminas. La denunciante, manifestó además, que la mencionada... habría comercializado TRES MIL (3.000) dosis de L.S.D., durante el mes de junio ppdo., y que registra antecedentes por ese motivo en la Provincia de Córdoba", razón por la cual la prevención solicitaba autorización para llevar a cabo "tareas de inteligencia" (fs. 1).

3º) Que una vez que dicha comunicación fue puesta en conocimiento del juzgado federal competente, y notificado el Ministerio Público Fiscal, esta parte requirió al magistrado que se lleven a cabo "tareas de inteligencia" sobre el domicilio en cuestión, a los "efectos de comprobar los hechos denunciados", así como también que se disponga la intervención del abonado telefónico oportunamente identificado (fs. 2).

4º) Que, entonces, el juez federal indicó que "Atento a lo manifestado en la nota que antecede, en cuanto a que una persona llamada Susana Rodríguez que vive en la calle Venezuela 2452 PB depto. 'B'...y que tiene aproximadamente treinta años, y cuya línea telefónica es la N° 942-0347 se dedicaría al comercio de troqueles de L.S.D. y anfetaminas, encomiéndaze (sic) a la Superintendencia de Drogas Peligrosas... a fin de que realice tareas de inteligencia sobre la nombrada... y el mentado domicilio, pudiendo proceder de conformidad con lo normado en el art. 33 de la ley 23.737. Líbrese oficio a la División Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado, a fin de que proceda a la intervención de la línea telefónica N° 942-0347" (fs. 3).

5º) Que, con posterioridad, y a partir de la información que fue surgiendo de la intervención telefónica dispuesta, se ordenaron otras interceptaciones, tanto telefónicas como de aparatos de radiollamada,

las que permitieron la identificación de quienes resultaron imputados así como también la incorporación de pruebas que fundaron la condena del aquí recurrente.

6°) Que la intervención telefónica dispuesta a fs. 3, así como todo lo obrado en consecuencia, fue anulado por los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, al haber considerado que no existían justificativos para llevar a cabo esa medida de coerción (fs. 2381/2383).

7°) Que esa resolución fue recurrida por el Ministerio Público Fiscal y anulada por los jueces de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal quienes –por mayoría– entendieron que “La decisión del juez instructor... no luce arbitraria, producto de su sola voluntad individual, pues fue ordenada a fin de constatar la ocurrencia de los hechos objeto de la pesquisa en el marco de una línea investigativa iniciada por la autoridad prevencional y que fue respaldada por la concreta solicitud de los señores representantes del Ministerio Público Fiscal, no presentándose como irrazonable según las circunstancias del caso” (fs. 2666/2673), por lo que concluyeron que el análisis que habían llevado a cabo los camaristas de la Sala II importaba una demasía en la interpretación de la norma (art. 236 del Código Procesal Penal de la Nación).

8°) Que, celebrado el respectivo juicio, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de esta ciudad resolvió declarar la nulidad del auto de fs. 3, párrafo segundo, así como de todo lo obrado en su consecuencia, por entender que los elementos con que contaba el juez instructor resultaban insuficientes para proceder de tal modo (ver fs. 3178/3183 de la causa principal).

9°) Que el Ministerio Público Fiscal volvió a impugnar esa conclusión y provocó la revisión de ese pronunciamiento por parte de los jueces de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, quienes anularon la sentencia del tribunal oral por considerar que no se habían incorporado nuevos elementos que permitieran apartarse de lo que oportunamente había resuelto esa Sala en torno a la legalidad de la intervención telefónica dispuesta (fs. 3244/3247).

El recurso extraordinario que la defensa del ahora condenado interpuso contra esa sentencia fue declarado inadmisibles –por considerarse que no se trataba de una sentencia definitiva ni equiparable a tal (ver

fs. 3270/3271)– mientras que la respectiva presentación directa por ante este Tribunal siguió igual suerte (ver sentencia del 5 de septiembre de 2002 en autos Q.15.XXXVIII “Quaranta, Carlos José s/ comercio de estupefacientes –causa N° 471–”).

10) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de esta ciudad resultó desinsaculado y llevó adelante el juicio contra el imputado, a resultas del cual rechazó el planteo de nulidad dirigido contra el auto de fs. 3 –por considerar que la cuestión ya había sido decidida por la Cámara de Casación– y condenó a Carlos José Quaranta (fs. 3499/3519).

11) Que, a los fines de rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Quaranta contra ese pronunciamiento, el tribunal *a quo* señaló que desde su última intervención no se había producido ninguna modificación en los elementos de juicio oportunamente valorados para convalidar la intervención telefónica de fs. 3, razón por la cual –aseguró– el nuevo examen del punto propuesto por la asistencia técnica importaría la violación de los principios de preclusión y progresividad (fs. 3567/3569 del principal).

12) Que, contra esa decisión, el defensor del acusado interpuso recurso extraordinario (fs. 3572/3587), oportunidad en la que cuestionó, en primer lugar, el alcance que en materia de nulidades absolutas le había otorgado a tales principios la Cámara Nacional de Casación Penal para, luego, señalar que se había vulnerado el derecho federal a la privacidad a partir de la –a su juicio– infundada intervención telefónica de fs. 3 del expediente.

13) Que, dicho recurso fue rechazado por haberse considerado que el recurrente había incumplido con las previsiones del artículo 15 de la ley 48, ya que –se sostuvo– no había refutado las razones esgrimidas a los fines de rechazar el recurso de casación (ver fs. 3591/3592).

14) Que la defensa del acusado, en su presentación directa ante esta Corte Suprema, criticó lo decidido por el *a quo*, y señaló que había cumplido con esas exigencias al indicar que –oportunamente– había desarrollado los hechos relevantes del proceso, cuestionado el alcance que se le había otorgado a los principios de preclusión y progresividad e individualizado el derecho a la intimidad, constitucionalmente reconocido, como el vulnerado a partir de los actos iniciales del proceso (ver fs. 50/74 del recurso de queja).

15) Que, en las condiciones descriptas, no obsta a la procedencia del remedio intentado la circunstancia señalada por la Cámara Nacional de Casación Penal, relativa a la defectuosa fundamentación del recurso. Ello es así, habida cuenta que el recurrente ha expresado agravios bastantes para alcanzar la finalidad perseguida, toda vez que el escrito respectivo plantea de modo suficiente el problema y el agravio constitucional que la decisión le causa (Fallos: 307:440; 327:1513 y sus citas, entre otros).

En el caso, debe recordarse que esta Corte Suprema ya ha sostenido que no obsta a la procedencia del recurso el hecho de que el escrito no presente una crítica precisa de todos los fundamentos del fallo apelado si, en un mínimo grado, contiene el desarrollo de las circunstancias esenciales del proceso, del tema que pretende someter a la Corte, así como también de su nexo con las garantías constitucionales que se entienden violadas (Fallos: 316:1991; 327:1513, entre otros).

Lo contrario, en el *sub examine*, importaría la consagración de fórmulas sacramentales, transformando a tales recaudos en el cumplimiento de ritos innecesarios que redunden en el menoscabo de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos (Fallos: 311:2247).

Que, en este sentido, ha de destacarse que mal puede esgrimirse contra la procedencia de la vía intentada los principios de progresividad y preclusión que rigen el proceso penal, toda vez que la cuestión federal que se pretende alcanzada por ellos no podía considerarse resuelta y finiquitada ya que, oportunamente, se había rechazado la intervención de esta Corte Suprema por entenderse que lo decidido oportunamente –y que ahora se esgrime como antecedente de la presente– no era una sentencia definitiva o equiparable a tal (ver sentencia del 5 de septiembre de 2002 en autos Q.15.XXXVIII “Quaranta, Carlos José s/ comercio de estupefacientes –causa N° 471–”).

16) Que, resuelto lo anterior, se advierte que los agravios planteados por el apelante suscitan cuestión federal suficiente pues, aun cuando por lo general atañen a temas de hecho y de derecho procesal conducen –sustancialmente– a determinar el alcance de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, materia regida tanto por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional como por instrumentos internacionales de igual jerarquía, a lo que ha de adunarse que la resolución dictada ha sido contraria a los derechos fundados en la inteligencia de esas normas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Asimismo, y en torno a la legitimación del recurrente para impugnar el auto de fs. 3 –en tanto podría sostenerse que la validez o invalidez de esa intervención telefónica no afectaría su interés por haber sido ajeno a ella– esta Corte ya ha resuelto que la garantía del debido proceso ampara al recurrente en casos de esta naturaleza (ver “Rayford”, considerando 3º, Fallos: 308:733). En efecto, fue a partir de la inspección en esa línea telefónica –la que no le correspondía al impugnante sino a un co-imputado– que, posteriormente y a partir de la información que de allí fue surgiendo, se dispusieron otras intervenciones, entre las que se encuentran unas vinculadas directamente a Quaranta, desenvolviéndose así los distintos pasos de la investigación que llevaron a su incriminación en esta causa. Tales acontecimientos, entonces, aunque en apariencia habrían ocurrido fuera del ámbito de protección de sus derechos, resultan indisolublemente relacionados con su situación, a punto tal que la condena es fruto de todos los antecedentes del sumario, desde el comienzo mismo de los sucesos.

17) Que esta Corte, al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra “el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante –correlativo al principio general del art. 19– en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público” (ver “Fiorentino” Fallos: 306:1752). Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente.

18) Que tal derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo *ex ante* las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control *ex post*, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría

ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (ver en análogo sentido “Torres” –disidencia del juez Petracchi– Fallos: 315:1043).

Que, de tal modo, si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por aquéllas y estuviesen facultados a expedir las órdenes sin necesidad de expresar fundamentos, la intervención judicial carecería de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna (ver “Matte” Fallos: 325:1845 y su cita).

Esa es la inteligencia que, por otra parte, acuerda el Código Procesal Penal Nacional, al establecer que la resolución del juez que ordene la intervención judicial deberá ser siempre fundada (ver art. 236 del Código Procesal Penal de la Nación).

19) Que, entonces, una orden de registro –domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido– sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (ver “Yemal”, disidencia del juez Petracchi, considerando 5º y sus citas, Fallos: 321:510).

20) Que, en el caso, el juez no expresó en el auto de fs. 3 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada.

En efecto, lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente, en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo –irrelevantes la mayoría de ellos a los fines del objetivo perseguido y meramente conjetural el único que podría tener algún interés para la causa: “...se dedicaría al tráfico de estupefacientes, más precisamente a la comercialización de troqueles de L.S.D. y anfetaminas...” y que “...habría comercializado TRES MIL (3.000) dosis de L.S.D., durante el mes de junio ppdo. pasado...” (ver comunicación policial de fs. 1, antecedente de las medidas instructorias requeridas por los fiscales a fs. 2 y del auto del magistrado que ordenó la intervención telefónica de fs. 3)– los que resultan manifiestamente

insuficientes para brindarle al juez una base sustancial, objetiva, que le permita determinar la existencia de una sospecha razonable.

Que, asimismo, ninguna investigación se encontraba en marcha en ocasión de disponerse la intervención ordenada a fs. 3, sino que esa medida de coerción puso en marcha una investigación judicial vulnerando derechos amparados constitucionalmente sin justificación conocida, revelándose así –una vez más– la falta de presupuestos para llevarla a cabo.

21) Que, en definitiva, si la mera expresión de la sospecha de un funcionario público no constituye *per se* la base objetiva a la que se viene haciendo referencia (causa “Yemal”, disidencia del juez Petracchi, considerando 5° y sus citas, Fallos: 321:510), tampoco puede entenderse que lo sean las vagas afirmaciones formuladas en un llamado telefónico anónimo.

Que si el Estado pudiera entrometerse en el secreto de las comunicaciones telefónicas a partir de “sospechas” de la entidad de las descritas más arriba, el derecho reconocido constitucionalmente resultaría –ciertamente– de poca o ninguna relevancia.

22) Que, a partir del caso “Rayford” (ver considerandos 5° y 6°, Fallos: 308:733), esta Corte ha establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél, y la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional (doctrina reiterada en los casos “Ruiz”, Fallos: 310:1847, “Francomano”, Fallos: 310:2384, “Daray”, Fallos: 317:1985 y, más recientemente, en la causa P.1666.XLI “Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ infracción ley 23.737 –causa 50.176–”, sentencia del 3 de mayo de 2007).

23) Que de acuerdo a la regla sentada en dicho precedente, una observación racional de lo ocurrido a partir de fs. 3 conduce a la conclusión invalidante de los actos subsiguientes. En efecto, la información que fue surgiendo de dicha línea telefónica permitió identificar sospechosos, intervenir otras distintas –las utilizadas por el recurrente, entre ellas– ordenar allanamientos y detenciones, por lo que puede

afirmarse que no hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso (ver “Rayford” Fallos: 308:733 y “Daray” Fallos: 317:1985).

24) Que en estas condiciones y por las razones señaladas precedentemente, la aplicación al caso de la doctrina enunciada en el considerando 23 *supra* lleva a declarar la nulidad de todo lo actuado en este procedimiento, en el cual la orden de intervención telefónica expedida ha sido contraria a la garantía consagrada en los artículos 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional, así como también a los instrumentos internacionales de igual jerarquía citados.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia de fs. 3567/3569 y, en ejercicio de la facultad conferida en la segunda parte del art. 16 de la ley 48, se absuelve a Carlos José Quaranta, por los hechos objeto de acusación en esta causa. Notifíquese, póngase en conocimiento de lo aquí resuelto al Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de esta ciudad, agréguese a los autos principales y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día de notificada efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,

en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por el **Dr. Claudio V.G. Nitzcaner, abogado defensor de Carlos José Quaranta.**

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de esta ciudad.**

DAVID ANDRES SANDOVAL

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Forma.

Los defectos acerca del incumplimiento de determinados recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/07 como así también en torno a la oportunidad del planteo federal carecen de entidad a los fines de obstar a la procedencia formal del recurso intentado contra el rechazo de la impugnación contra la resolución que –luego de un nuevo juicio– condenó con prisión perpetua a quien había sido absuelto anteriormente, ya que cabe apartarse de dichas exigencias formales cuando se adviertan violaciones a las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal (art. 11 del citado reglamento).

–El Dr. Maqueda, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja es inadmisibles (art. 280 CPCCN)–.

NON BIS IN IDEM.

La sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria; el juicio de reenvío para el imputado absuelto constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo y ello es suficiente para que la garantía del non bis in idem impida al Estado provocarlo.

–Del precedente Alvarado (Fallos: 321:1173) al que remitió la Corte Suprema–.

–El Dr. Maqueda, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja es inadmisibles (art. 280 CPCCN)–.

NON BIS IN IDEM.

Si la anulación del fallo absolutorio a raíz del recurso de casación de la querrela obedeció fundamentalmente a una actividad jurisdiccional que, distanciándose de los postulados propios de un modelo acusatorio como el regido por la Constitución Nacional obligó a un tribunal a disponer prueba de oficio que asumió una tendencia incriminante –al punto que modificó sustancialmente el resultado del proceso, trocando absolución por condena–, con la necesaria confusión de roles entre acusador y juez, ello afectó la garantía de defensa en juicio del imputado al someterlo a un segundo riesgo de condena por los mismos hechos, en la medida en que el nuevo proceso resultó de la vulneración de los principios de igualdad y de división de los poderes que caracterizan a la etapa acusatoria del sistema mixto de enjuiciamiento criminal adoptado por la legislación provincial, con mengua del estado de inocencia (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

NON BIS IN IDEM.

La condena luego de la anulación de una sentencia absolutoria anterior no viola la garantía que impide el non bis in idem cuando esa nulidad fue declarada por la existencia de vicios esenciales de procedimiento (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).
–Del precedente “Olmos” (Fallos: 329:1447) al que remitió la disidencia–.

NON BIS IN IDEM.

Si en su oportunidad la defensa no interpuso recurso de queja ante la Corte contra la resolución del superior tribunal provincial que no había hecho lugar al recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia mediante la cual aquel tribunal resolviera anular parcialmente la sentencia y reenviar la causa para que con distinta integración se dictase un nuevo pronunciamiento, dicha omisión torna extemporánea la introducción del agravio atinente a la garantía que prohíbe el doble juzgamiento ahora por la defensa (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La defensa particular de David Andrés Sandoval, interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia nro. 165/07 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, por la cual se declaró formalmente inadmisibile el recurso de casación de esa parte, confir-

mando la sentencia nro. 1/07 de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca, que resolvió rechazar los planteos de nulidad incoados por la defensa y condenar al nombrado como coautor del delito de homicidio calificado por alevosía reiterado –tres hechos– (arts. 29, 45, 55, 79 y 80 inciso 2, del Código Penal).

El rechazo del remedio federal, dio lugar a esta presentación directa.

– I –

Mediante el recurso extraordinario, el recurrente aduce que se encuentran violadas las garantías constitucionales contra el doble juzgamiento e imparcialidad del tribunal.

En tal sentido, expresó que su defendido ya había sido sometido a proceso en juicio oral y público, en el cual el Ministerio Público Fiscal en su alegato y por aplicación del beneficio de la duda, decidió que correspondía la absolución.

En aquella oportunidad, el Superior Tribunal, por el recurso de la querrela, anuló parcialmente el decisorio desvinculante, disponiendo la realización de un nuevo debate.

Tanto en ocasión de impugnar aquel pronunciamiento de nulidad, mediante recurso extraordinario federal, como ahora en esta línea recursiva incoada a consecuencia del nuevo debate, estimó aplicable al caso las consideraciones efectuadas por la Corte Nacional en los fallos “Polak” y “Mattei”, según los cuales cuando el proceso ha sido llevado regularmente con las formas esenciales y las razones que dan motivo a la nulidad no son atribuibles al imputado, la realización de un nuevo juicio implica retrogradar el proceso a etapas ya superadas, lesionando el derecho constitucional de defensa.

Indicó que al declararse abierto el segundo debate, y tomar conocimiento por la lectura de la requisitoria fiscal que se le imputa el mismo hecho por el cual ya fue juzgado y absuelto, queda consumada la violación a la garantía constitucional contra el doble juzgamiento.

Del mismo modo se agravio que, también, se habría incurrido en una violación a la garantía de imparcialidad del tribunal.

En tal sentido, expuso que el tribunal de juicio no puede disponer de oficio la incorporación de material probatorio, puesto que se incurriría en tal vicio.

Añadió en este recurso que, además, resultaría demostrativo de ese desvío la circunstancia de consignarse en el fallo condenatorio felicitaciones a los expertos en papiloscopía de la Policía de Investigaciones de la República de Chile.

Asimismo, mediante el recurso de queja reiteró estos agravios, a los que agregó el relativo a la afectación del debido proceso y defensa en juicio, que –a su entender– se habría verificado con la sentencia que rechazó el extraordinario, al carecer dicha pieza de la firma del único juez que desarrolló el voto desestimatorio, siendo que el segundo vocal sólo se adhirió y el tercero se abstuvo.

– II –

En primer lugar, he de señalar, en coincidencia con el *a quo*, que el recurso federal presentado no cumple con lo dispuesto por la Acordada N° 4/07 del Tribunal, para la interposición del remedio.

Allí se observan una serie de defectos que lo tornarían incurso en la tacha del segundo párrafo del art. 11 de la reglamentación, habida cuenta que se han superado los veintiséis (26) renglones por página previstos; y los formularios-carátulas utilizados para los recursos extraordinario y de hecho, no corresponden a los previstos por el art. 2° y 5°, respectivamente, de la citada. Tampoco están rubricadas por los letrados actuantes, y en la del extraordinario se indican seis (6) cuestiones con pretendido alcance federal, mientras que en el desarrollo recursivo sólo se argumenta respecto de dos de ellas.

De este modo podemos entender que el recuso ha sido bien denegado, salvo que V.E. entienda, según su sana discreción, que lo apuntado no constituye un obstáculo insalvable (art. 11, primer párrafo), para lo cual paso a contestar las cuestiones alegadas.

– III –

Al respecto, es doctrina del Tribunal que las decisiones que declaran la inadmisibilidad de los recursos locales deducidos ante los tribuna-

les de la causa no justifican –como regla– el otorgamiento del recurso extraordinario, salvo arbitrariedad (Fallos: 324:3640 y sus citas).

Sobre el particular, cabe anticipar que la salvedad al principio sentado por la Corte Nacional no se presenta en el *sub lite*.

Ello, toda vez que los agravios traídos por la defensa, referidos a la afectación de las garantías constitucionales contra el doble juzgamiento e imparcialidad del tribunal sentenciante, versan sobre planteos que ya fueron motivo de impugnación en otro recurso extraordinario (v. fs. 4634/4639), otrora interpuesto por la misma parte, contra el pronunciamiento anulatorio del superior tribunal de justicia de la jurisdicción, cuyo rechazo, mediante la sentencia N° 137, obrante a fojas 4674/4686 de los principales, dio por finalizada la discusión sobre el punto.

En efecto, las cuestiones tuvieron oportuno tratamiento y decisión sobre el fondo por los jueces de la causa, agotándose la vía recursiva en aquella oportunidad, por lo que la reedición de los asuntos en esta nueva impugnación resulta improcedente, máxime ante la inexistencia de nuevos elementos o motivos que permitieran modificar el criterio adoptado.

A todo evento, se trata de una situación procesal ya consolidada al amparo de la preclusión que, como tiene dicho V.E., “los derechos nacidos de la preclusión procesal son tan dignos de protección constitucional como los surgidos con motivo de la cosa juzgada” (Fallos: 323:1250), por lo que el desconocimiento de la situación ya fijada en la causa por una resolución jurisdiccional, lesiona las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional que asisten a las partes.

Asimismo, ha prevenido que “la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica” (Fallos: 253:171 y 319:2527).

Consecuentemente, estimo corresponde rechazar su examen.

– IV –

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto que precede, habida cuenta que en esta nueva línea recursiva, el *a quo* reafirmó su respuesta anterior en relación a la parcialidad del tribunal reeditada por la defensa, corresponde decir que los argumentos ensayados no logran desvirtuar

los motivos del nuevo rechazo, que resultan, a mi criterio, suficientemente fundados en el derecho procesal vigente y aplicable.

El apelante descalificó la actuación del tribunal de juicio, por cuanto consideró que no debió disponer de oficio la incorporación de material probatorio, puesto que, de esa manera, incurrió en parcialidad.

Al contrario de lo alegado, resulta mucho más elocuente la respuesta dada por el *a quo* al agravio, en oportunidad de la instancia casatoria, en la cual, tras señalar de qué manera se produjeron e incorporaron al juicio cada uno de los múltiples peritajes de los que se queja la defensa, indicó que sólo se dispuso de oficio el peritaje dactiloscópico de Prefectura Naval Argentina y el requerimiento de las fotografías de Javier Orlando Sandoval –consorte de causa que resultó absuelto–, mientras que la restante prueba fue ordenada a pedido de parte, destacando que por ninguna de esas resoluciones se hizo reserva de recurrir.

Y en detalle, consignó que el peritaje dactiloscópico N° 4342 de Prefectura fue ordenado en razón de lo normado por los arts. 328 y 246 *in fine* del código de procedimientos local, al igual que las fotos aludidas en función del art. 359 del citado. Más aún, se explicó que esas disposiciones legales autorizan lo dispuesto ante la existencia de informes y resultados multívocos, dispares, contradictorios, inciertos, pues resultaba prudente la medida conforme la gravedad del hecho y, además, porque fue circunscripto a determinado punto de discrepancia.

Asimismo, se señalaron las diversas notificaciones cursadas a la defensa sobre cada informe dispuesto, con cita de la fojas en que ello consta, a lo que se agregó, que del acta de debate tampoco surge ninguna oposición de la defensa en tal sentido, considerándose su planteo como extemporáneo.

Sin embargo, el recurrente en la apelación federal no se hace cargo de refutar cada una de estas consideraciones, por lo que, a mi juicio, se vulnera también así la doctrina del Tribunal que prohíbe la mera reedición por las partes de los argumentos vertidos en las instancias anteriores (Fallos: 288:108; 307:2216; 315:59), lo que determina el rechazo del recurso (Fallos: 317:373 y 442).

También, advierto que el agravio y las restantes menciones contenidas en el escrito en cuestión, sólo remiten a aseveraciones genéricas que ni siquiera cuentan con los fundamentos mínimos suficientes, lle-

gando incluso a remitirse “*en homenaje a la brevedad*” a lo expuesto “*extensamente*” en el recurso de casación que obra en autos.

Tales remisiones no resultan útiles a la autonomía que requiere el recurso extraordinario, en tanto no permite un acabado conocimiento de las cuestiones que se pretenden someter al avocamiento del máximo Tribunal de la Nación.

La Corte tiene dicho que “resulta improcedente el recurso extraordinario si los argumentos del *a quo* no fueron rebatidos en términos que satisfagan el requisito de fundamentación autónoma a que se refiere el art. 15 de la ley 48 pues, según esta exigencia, el escrito respectivo debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, o sea que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravian” (Fallos: 302:155, entre otros).

Sin perjuicio de las falencias formales intrínsecas apuntadas, estimo propicio agregar que tampoco en el caso se vislumbra un exceso o desmesura en la búsqueda y reconstrucción de la verdad histórica que la torne puramente persecutoria, ni tal circunstancia ha sido demostrada por el recurrente.

Por otra parte, considero que lo aducido por la defensa respecto de la consignación en el fallo de felicitaciones a la exposición de los expertos en papiloscopía de la Policía de Investigaciones de Chile, tampoco puede ser receptado como constitutivo de la afectación a la garantía de imparcialidad, en la medida que tal circunstancia no resulta por sí indicativa de lo alegado, al tiempo que el agravio carece de un mínimo sustento legal y desarrollo que permita ilustrar la viabilidad de la pretensión.

Aún así, considero preciso mencionar que valorar la actuación profesional de los letrados o los expertos que actuaron en el proceso, está entre las facultades del juez, hasta el punto que estas apreciaciones son necesarias, por ejemplo, a la hora de fijar los honorarios.

En esta inteligencia, postulo su desestimación.

– V –

Por último, yendo al agravio introducido en el recurso de hecho, referido a la falta de firma del único juez que desarrolló el voto que

declaró inadmisibile el recurso extraordinario, siendo que el segundo vocal se adhirió y el tercero se abstuvo, estimo que, también, debe ser desestimado.

Ello, toda vez que, en mi opinión, fue válidamente consignado en dicha pieza que el juez preopinante, no firmaba la transcripción del acuerdo por encontrarse, en ese momento en el que se redactó el acta, en comisión de servicios. Aclarándose allí también, que tal circunstancia lo fue “no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto *supra*” (cfr. 5908 de los principales).

El acto sentencial se dividió en dos partes, el propio y esencial, donde el juez sí estuvo presente y votó, y el formal donde se instrumentó el acta y el juez no estuvo, situación que se hizo constar de modo regular. Y no se demostró por qué esta ausencia debería invalidar un acto que el secretario extiende de acuerdo a la ley y donde da fe de su contenido material y formal.

Lo importante, además de cumplir con la normativa específica, es que lo decidido sea producto de la deliberación anterior que reunió a los jueces en acuerdo.

Y a tal fin, no puede desconocerse que todos estuvieron presentes en aquel momento, por cuanto así lo indica el acta que precede a esta resolución, mediante la cual el secretario actuante, en su carácter de fedatario, expresamente dejó constancia de ello. Ahí, puede leerse: “*que en el día de la fecha se reúnen los señores Jueces integrantes de este Superior Tribunal, con el fin de realizar la deliberación previa a la resolución de las presentes actuaciones (arts. 111 C.P.P y 39 L.O.)*”. “SECRETARIA: 3 de marzo de 2008” (cfr. fojas 5884).

Constancia que no ha sido mencionada por el quejoso en su libelo, ni mucho menos redargüida de falsa. Tampoco fundó el agravio con respaldo en el derecho que considera aplicable, o descalificó las disposiciones legales indicadas en el acta.

De este modo, no advirtiendo por mi parte, que se haya incurrido en alguna arbitrariedad, también, sobre este punto, postulo el rechazo de la queja. Buenos Aires, 19 de mayo de 2009. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de David Andrés Sandoval en la causa Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento –3 víctimas– Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento – causa N° 21.923/02”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro resolvió anular parcialmente la sentencia y el correspondiente debate sólo con relación al enjuiciado David Andrés Sandoval, quien había sido absuelto del delito de homicidio agravado por ensañamiento –tres víctimas– (art. 80, inciso 2º, del Código Penal); ordenando el reenvío de la causa al tribunal de origen para que, con distinta integración, dicte un nuevo pronunciamiento (ver fs. 4587/4609 del expediente principal).

Para así decidir, dicho órgano jurisdiccional sostuvo que ante las contradicciones que el tribunal de juicio advirtió entre los peritajes efectuados en punto a la determinación de un aspecto fundamental del caso –la presencia del imputado en el lugar del hecho y en oportunidad de él– no debió inclinarse por la utilización de reglas procesales vinculadas con la salvaguarda del estado de inocencia sino que debió realizar un estudio crítico de cada una de las pruebas y además debió disponer un último peritaje a efectos de zanjar la cuestión.

Tales disparidades han consistido en que mientras para los peritos de Gendarmería Nacional se hallaron huellas digitales de David Andrés Sandoval en el lugar de los hechos (fs. 2425/2451), según el peritaje de la Policía Federal los rastros relevados no resultaban idóneos para establecer identidad alguna, por carecer de suficiente nitidez e integridad papiloscópica (fs. 4303).

2º) Que como consecuencia de dicho fallo, la Cámara Segunda en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro –integrada por subrogantes– desarrolló un nuevo juicio al cabo

del cual resolvió, en lo pertinente, condenar a David Andrés Sandoval a la pena de prisión perpetua, accesorias legales del art. 12 del Código Penal y costas, por considerarlo coautor del delito de homicidio calificado por alevosía reiterado –tres hechos– (arts. 45, 79 y 80, inciso 2º, del aludido código). En el mismo pronunciamiento se dispuso también la revocación de la excarcelación que se le había otorgado en el mes de junio de 2006, renovándosele la prisión preventiva oportunamente decretada a su respecto (ver fs. 5491/5711).

Contra dicho pronunciamiento, el condenado interpuso un recurso de casación y el máximo tribunal provincial decidió rechazar la impugnación, motivando ello la presentación del recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja.

3º) Que, a criterio del apelante y en tales condiciones, el segundo juicio desarrollado en su contra vulneró la garantía constitucional que veda la múltiple persecución penal (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

4º) Que, el planteo sometido a consideración de esta Corte suscita cuestión federal suficiente, en la medida en que los argumentos del impugnante revelan que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de una cláusula constitucional y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en aquéllas (art. 14, inciso 3º de la ley 48).

5º) Que, los defectos señalados por el señor Procurador Fiscal acerca del incumplimiento de determinados recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/07 como así también en torno a la oportunidad del planteo federal traído a conocimiento del Tribunal, carecen de entidad –en el caso– a los fines de obstar a la procedencia formal del recurso.

Que, ello es así, toda vez que ya se ha sostenido que cabe apartarse de las exigencias formales vinculadas con la admisibilidad del recurso cuando se adviertan violaciones a las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal (Fallos: 325:2019, entre otros y lo dispuesto en el art. 11 del citado reglamento), por lo que razones de orden público determinan el tratamiento del agravio en cuestión.

6º) Que, entonces, la cuestión planteada en el *sub lite* con relación al *ne bis in idem* es sustancialmente análoga a la examinada en Fallos: 321:1173 (disidencia de los jueces Petracchi y Bossert), 329:1447 (considerando 17 del voto del juez Petracchi), entre otros, a cuyas consideraciones corresponder remitir en lo pertinente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Acumúlese al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el suscripto se remite a los considerandos 1º y 2º del voto de la mayoría que se dan por reproducidos en razón de brevedad.

3º) Que si bien el recurrente habría en principio planteado seis cuestionamientos relacionados con distintas garantías constitucionales, una detenida examinación de su apelación permite apreciar que han sido abordados tan sólo dos de ellos; específicamente la invocada afectación al *ne bis in idem* y a la garantía de imparcialidad. En cuanto a las objeciones restantes se advierte que únicamente se circunscriben a integrar el catálogo plasmado en la copia agregada a fs. 91/92 de esta queja.

A partir de tal constatación el estudio de la vía federal habrá de ceñirse al ámbito delimitado por aquellos dos únicos agravios que han sido fundamentados por el recurrente.

4º) Que a criterio del apelante, el segundo juicio desarrollado en su contra no ha sino vulnerado el límite que impone el *non bis in idem* contra la múltiple persecución penal, toda vez que dicho proceso ha versado sobre los mismos hechos por los cuales experimentó concretamente el riesgo de condena en el juicio anterior, en el que había sido absuelto por aplicación del *favor rei*.

5º) Que el planteo sometido a estudio de esta Corte suscita cuestión federal suficiente en la medida en que los argumentos del apelante están dirigidos a desentrañar el alcance del principio del *non bis in idem* (art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), resultando la sentencia contraria a las pretensiones del recurrente.

A su vez, la apelación ha sido deducida contra la sentencia que cierra el caso. Y si bien el asunto pudo haber sido traído a conocimiento del Tribunal al momento de materializarse en el proceso la decisión que dispuso la anulación de la absolución y el reenvío a juicio, lo cierto es que esta Corte ha consagrado el principio general según el cual aquellas decisiones cuya consecuencia sea que el imputado continúe sometido a proceso –como las que declaran nulidades procesales– no revisten el carácter de sentencia definitiva ni el de un auto susceptible de ser equiparado a ella (Fallos: 249:530 y 408; 308:1667; 313:1491).

Por lo demás, cabe destacar que el indebido riesgo de condena alegado por el apelante se ha concretado finalmente en la especie mediante el dictado del fallo que llevó a la formación de esta queja, lo cual, sin dudas, terminó por configurar el perjuicio del que se agravia el presentante en esta ocasión.

6º) Que resulta necesario remarcar que David Andrés Sandoval había sido enjuiciado por el triple homicidio en un proceso anterior al término del cual el tribunal de juicio decidió absolverlo, en concordancia con el pedido que a su respecto había efectuado el Fiscal General.

El nuevo debate que condujo a la condena que motivó la formación de esta queja, se produjo como consecuencia de un recurso de casación presentado por la querrela –quien sí había formulado acusación sólo con relación al nombrado–, respecto del que se expidió el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en los términos ya referidos.

7º) Que, como se hubo dicho, el apelante ha alegado la afectación del *non bis in idem* por la circunstancia de haber sido sometido a un segundo juicio por los mismos hechos, a raíz del recurso de casación articulado por la parte querellante que habilitó una nueva posibilidad de condena finalmente materializada en la especie.

8º) Que más allá de la discusión doctrinal originada a partir de la receptación legal de una concepción bilateral de los recursos –por su dificultad para compatibilizar con la plena efectividad de la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple–, lo cierto es que, en lo que atañe al recurso establecido legalmente en favor de la parte querellante, este Tribunal ha reconocido el derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en el art. 8, apartado 1º, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 329:5994, considerando 9º).

9º) Que no obstante, aun cuando el aseguramiento del recurso a la querrela resulta compatible con la garantía que prohíbe la múltiple persecución penal, este Tribunal no se halla eximido de la labor de controlar el criterio en virtud del cual triunfó la impugnación de dicha parte, habida cuenta de la consecuencia necesaria que de ello justamente se deriva.

Sobre el particular no cabe soslayar que esta Corte ha dicho que tanto el principio de progresividad como el de preclusión obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso y “son aplicables en la medida en que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado” (Fallos: 321:2826). A su vez, en el mismo precedente se afirmó que el principio del *non bis in idem* “no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho”.

10) Que en el *sub examine*, queda claro que la razón fundamental que llevó al máximo tribunal local a anular el fallo absolutorio dictado oportunamente respecto del apelante fincó en que ante la existencia de peritajes discrepantes, multívocos, dispares, inciertos o contradictorios, el tribunal de juicio habría incumplido con su deber de ordenar la producción de uno nuevo tendiente a superar la incertidumbre sobre el asunto peritado (ver especialmente fs. 4599, punto 5).

En efecto, señaló el tribunal *a quo* que “ante las discrepancias observadas, la facultad del artículo 246 del código adjetivo se transforma en una disposición imperativa...”; acrecentando luego que “(f)rente a peritajes discrepantes y en la posibilidad razonable de reiterarlos, la discrecionalidad del juzgador para producir otra prueba pericial no aparece como un mero poder sino como un poder-deber”.

11) Que de los propios términos empleados por el Superior Tribunal de Justicia local que acaban de transcribirse, surge que dicho órgano jurisdiccional ha reconocido la situación de incertidumbre derivada de la existencia de peritajes que llegaban a conclusiones dispares o contradictorias, al punto de haber sostenido que la superación de tal discrepancia vendría de la mano de la producción de un nuevo peritaje que fue omitido, omisión cuya existencia derivaría del carácter imperativo que a su criterio asumiría la facultad prevista en el art. 246 del ordenamiento procesal penal provincial.

Ciertamente, de no haber mediado una hipótesis de marcada disparidad entre los peritajes efectuados sobre un punto tan trascendental para la solución del caso (la presencia del imputado en el lugar de los hechos en ocasión del triple crimen), no habría sido necesario reconocer de manera tan concluyente la necesidad de realización de uno nuevo, por cuanto la duda podría haber sido despejada a partir de un correcto e íntegro examen de las pruebas producidas durante el debate, lo que hubiera evitado que el fallo absolutorio mereciera la crítica basada en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

12) Que si bien no se desconoce que éste último ha sido uno de los argumentos utilizados por el *a quo* para descalificar el fallo absolutorio (la falta de un estudio crítico de los peritajes contrapuestos –ver fs. 4598–), nunca deja de perder centralidad la demanda de un último peritaje que no fue ordenado y que debió haber sido dispuesto.

13) Que según la síntesis de los planteos efectuados por la parte querellante en su recurso de casación deducido contra la sentencia absolutoria de los imputados (ver fs. 4588), el casacionista adujo que ante la contradicción existente entre los peritajes producidos la solución pasaba por la reapertura del debate y la intervención de un nuevo perito. Desde dicha inteligencia, alegó que el pronunciamiento absolutorio no podía tener fundamento en la disidencia de opiniones entre los peritos, abdicando de la función jurisdiccional, sino que debió haberse

intentado fundar la preferencia por alguno conforme a determinados criterios de valoración.

14) Que esta Corte tiene dicho que Juan Bautista Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional, y que el Poder Judicial norteamericano “no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad...” (Fallos: 328:3399, considerando 11). A su vez, en el mismo precedente esta Corte afirmó que “el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público”; concluyendo que la circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa “no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio” (vid. considerando 15).

15) Que a partir de lo expresado, queda claro que el ejercicio de la judicatura debe orientarse hacia la realización de un *Estado constitucional de derecho*, debiendo por ello cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la Ley Fundamental.

16) Que en los denominados *sistemas mixtos* la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y del principio contradictorio, requerimientos que, por cierto, no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

17) Que acerca de la dicotomía “acusatorio/inquisitivo” señala Ferrajoli que ella “es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de *juez*; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contra-

puestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente, se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la larga carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral, público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa” (cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 564).

18) Que entonces, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria del modelo de enjuiciamiento penal adoptado por la Provincia de Río Negro; máxime si se tiene en cuenta que en el logro del propósito de asegurar la administración de justicia los jueces no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz (confr. doctrina de Fallos: 308:490 y 311:2478, entre otros).

19) Que las máximas aludidas en los considerandos precedentes no han sido precisamente las tenidas en mira por el tribunal *a quo* al momento de dirimir la cuestión oportunamente planteada por la parte querellante en su recurso de casación deducido contra el fallo absolutorio.

Ello es ciertamente así por cuanto el máximo tribunal provincial, al señalar que la sentencia absolutoria no debió haberse inclinado por salvaguardar el estado de inocencia sino que debió haber ordenado la producción de nuevas pruebas, ha conferido prioridad a la búsqueda de la verdad sustancial, informada por criterios esencialmente discrecionales que hacen del juez un órgano activo en la investigación de esa verdad.

Resulta obvio que la iniciativa jurisdiccional en el ámbito probatorio y la desigualdad de poder entre la acusación y la defensa que de allí

deriva no son propios de un modelo acusatorio, dado que configuran rasgos típicamente característicos del sistema inquisitivo.

20) Que por otra parte –cabe nuevamente recordarlo–, David Andrés Sandoval afrontó un primer juicio por los hechos de autos, en el que fue acusado únicamente por la parte querellante –puesto que el Fiscal General decidió no formular acusación– y del que resultó absuelto por aplicación del *in dubio pro reo*.

21) Que la anulación de dicho fallo basada esencialmente en la omisión por parte del tribunal de juicio de ordenar un nuevo peritaje a efectos de superar la disparidad de criterios existentes entre los dos que habían sido producidos, importa claramente, además, una relegación del principio constitucional del *favor rei* y de su corolario *in dubio pro reo*.

Ciertamente, en el propio pronunciamiento que decide la revocación de la absolución se indica en reiteradas ocasiones que diversas normas de procedimiento permitían o autorizaban al tribunal de juicio a proponer, en distintas etapas del proceso, la realización de un nuevo peritaje tendiente a acreditar la identidad de las huellas halladas en el escenario del crimen, contándose incluso con la posibilidad de reabrir el debate luego de que fuera clausurado.

Sin embargo, el tribunal *a quo* no parece haber reparado en que ni el acusador particular ni tampoco el público solicitaron al tribunal de juicio la realización del nuevo peritaje, cuando correspondía precisamente a ellos demostrar, con el grado de certeza que se exige para legitimar una condena penal, la culpabilidad del imputado, siendo que, además, el punto a desentrañar resultaba de suma trascendencia para la solución del litigio.

Sobre el particular, no cabe soslayar que el art. 328 del ordenamiento procesal penal de la Provincia de Río Negro (ley 2107) establece que “(a)ntes del debate, con noticia de las partes, el Presidente, de oficio, **o a pedido de parte**, podrá ordenar los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado o fuere imposible cumplir en la audiencia...” (el resaltado no se corresponde con el texto original).

No obstante, si bien a fs. 3620/3621 la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca dispuso la citación a juicio en los términos del

art. 325 del código de rito, la parte querellante compareció a ofrecer las pruebas de su interés aunque sin solicitar la realización de medidas de instrucción suplementaria, según puede apreciarse de la presentación agregada a fs. 3667/3677.

Por lo demás, en la propia sentencia a la postre anulada se deja constancia expresa de que “(n)o hubo en el transcurso del debate una propuesta formal de una nueva medida de prueba concreta y, por ende, no fue planteada su producción ni debatida su procedencia, que puede estar referida tanto a la facultad del tribunal para disponerla de oficio como a si hubiese respondido a las exigencias legales”; para luego consignar “...que dicha facultad, que no es una obligación, es excepcionalísima y no está destinada a cumplir funciones que la ley ha confiado a los jueces de instrucción, al Ministerio Fiscal o a las partes” (ver fs. 4409).

22) Que fue por tal razón que tampoco el tribunal de juicio dispuso de oficio la medida omitida a criterio del *a quo*. Pero si ello ha configurado realmente un error en el que hubo incurrido aquel órgano jurisdiccional, él de seguro no le es achacable al enjuiciado pues, en todo caso, se trataría de un descuido en el que, como ya se pusiera de relieve, además del tribunal también habrían caído los representantes de la *vindicta pública y privada*.

En consecuencia, la hipótesis de error lleva a recordar que este Tribunal ha dicho en el ya citado caso “Polak” (Fallos: 321:2826) que “(e)l Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso”.

En esta misma línea se concluyó también que “corresponde revocar la decisión que anuló el debate, pues ella no respondió a la inobservancia de las formas sustanciales del proceso, sino más bien, al intento del representante del Ministerio Público de corregir un error funcional propio a expensas del derecho del imputado a procurar y obtener un pronunciamiento que defina su situación” (voto del juez Petracchi).

23) Que, sin embargo, la caracterización del debate como la etapa del proceso penal acusatoria por excelencia impide tildar de equívoco al proceder de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca, por cuanto su rol en dicha fase del procedimiento no es proceder de oficio en

la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, sino que consiste en asumir una actitud pasiva que la separe rígidamente de las partes, dejando en manos de la acusación la total carga de la prueba.

24) Que el reconocimiento del carácter determinante de un nuevo peritaje no autorizaba a la parte querellante a solicitar la revocación del fallo absolutorio por la alegada omisión del tribunal de juicio, dado que ello, en cualquier caso, implicaría extender en otros sujetos procesales la propia responsabilidad en la presentación del caso.

25) Que menos aún se hallaba habilitado el máximo tribunal provincial para suplir la inactividad de los acusadores, señalando la imperiosa necesidad de realización de la nueva prueba para despejar la duda reinante respecto de la tan medular cuestión como lo fue la determinación de la identidad de las huellas digitales encontradas en el lugar del triple crimen. En este sentido, resulta más que elocuente el auto dictado a fs. 4743 por los miembros subrogantes de la cámara encargada de llevar a cabo el segundo juicio, toda vez que de sus términos es dable advertir con absoluta nitidez que el nuevo peritaje papiloscópico se dispuso en cumplimiento de lo ordenado por el máximo tribunal provincial al anular el pronunciamiento absolutorio.

Sin duda alguna que la decisión del tribunal *a quo* de anular la absolución de David Andrés Sandoval ha importado un avance de la jurisdicción por sobre la propia actividad de los acusadores, temperamento éste que se enfrenta claramente al modelo de proceso penal abiertamente acusatorio elegido por los constituyentes de 1853, en el que “las garantías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una *verdad mínima* en orden a los presupuestos de una sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación” (cfr. Ferrajoli, Luigi, ob. cit., pp. 540-541).

26) Que todo lo expresado conduce a deslegitimar aquellas disposiciones legales que durante la etapa del juicio o plenario autoricen al tribunal a asumir potestades propias de la acusación, toda vez que ello se acercaría a un modelo de enjuiciamiento criminal diametralmente

opuesto al que surge de la referencia constitucional, en el cual la actividad procesal asumiría un carácter monista que erigiría al juez en el único protagonista.

Es precisamente en razón de ello que suele objetársele al “paradigma mixto” (o inquisitivo mitigado) el hecho de no responder cabalmente a las exigencias del modelo plasmado en nuestro diseño constitucional, por cuanto erige en objetivo supremo del proceso el triunfo de la verdad, al que deben contribuir –incluso a costa de omitir la distinción sustancial de roles– todos los órganos públicos intervinientes, reflejando un método de acceso a la verdad de carácter unilateral, a la que se llega, no por medio del esfuerzo de las partes, sino por la investigación de un órgano jurisdiccional que asume esa clase de protagonismo en todas las etapas del proceso (cfr. Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª edición actualizada, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires 1998, pp. 13-14).

27) Que en el caso bajo estudio no cabe duda alguna que la decisión jurisdiccional de imponer la realización de un nuevo peritaje ante las contradicciones verificadas entre los dictámenes de los dos que fueron concretamente practicados –cuando además ello fue resuelto a fin de quebrar o romper una absolución apoyada en el *favor rei*– no pudo sino asumir una tendencia claramente incriminante.

28) Que si la opción en favor de un Estado constitucional de derecho impone la obligación de velar por la supremacía de nuestra Ley Fundamental –para cuya concreción aporta el sistema de control difuso de constitucionalidad–, la interpretación de la legislación infraconstitucional debe seguir los lineamientos de aquélla, procurando su compatibilidad en la medida de lo posible.

En consecuencia, la disposición procesal que faculta al juez a ordenar prueba que no ha sido solicitada por las partes se aleja del modelo que sobre la materia ha trazado el constituyente, pronunciándose significativamente la distancia cuando, además, esa facultad puede ser ejercida para la obtención de prueba de cargo.

Resulta más claro aún ese divorcio cuando se afirma que, en un caso de incertidumbre como el del presente –originado en la disparidad de los peritajes producidos– la facultad prevista en el art. 246 del ordenamiento procesal penal local se transforma en una disposición

que asume un enunciado imperativo, convirtiendo un mero “poder” en un “poder-deber”, que incluso ha de llegar hasta el extremo de ejercerse en perjuicio del inculpaado.

29) Que, en definitiva, la anulación del fallo absolutorio a raíz del recurso de casación de la querrela obedeció fundamentalmente a una actividad jurisdiccional que, distanciándose de los postulados propios de un modelo acusatorio como el regido por nuestra Constitución Nacional, obligó a un tribunal a disponer prueba de oficio que, en el caso, asumió una tendencia incriminante –al punto que modificó sustancialmente el resultado del proceso, trocando absolución por condena–, con la necesaria confusión de roles entre acusador y juez, hasta superar el propio límite que impone el *favor rei* al avance del poder punitivo, en tanto opción de tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable.

30) Que, cuanto mucho, si el nuevo juicio se dispuso sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, debió entonces haber versado exclusivamente sobre la prueba ya ofrecida y proveída, sin retrogradación del proceso a la etapa de citación a juicio la cual, por cierto, no había sido alcanzada por la aludida anulación.

31) Que el temperamento contrario ha afectado la garantía de defensa en juicio del imputado al someterlo a un segundo riesgo de condena por los mismos hechos, en la medida en que el nuevo proceso resultó de la vulneración de los principios de igualdad y de la división de poderes que caracterizan a la etapa acusatoria del sistema mixto de enjuiciamiento criminal adoptado por la legislación provincial, con mengua del estado de inocencia.

32) Que a partir de todo lo expresado se torna inoficiosos el tratamiento del agravio planteado por el apelante con base en la garantía de imparcialidad del juzgador.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Acumúlese la queja al principal. Hágase saber y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo aquí resuelto.

E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que con relación a la cuestión planteada respecto del *ne bis in idem*, resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto por el tribunal en Fallos: 329:1447 –disidencia de la jueza Highton de Nolasco–, a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad; y respecto de los demás agravios, la suscripta comparte y hace propias las conclusiones vertidas por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, en los acápites IV y V de su dictamen, a las cuales se hace remisión.

Por ello, y lo concordemente expresado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, archívese y vuelvan los autos principales al tribunal de origen a sus efectos.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el

art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, archívese, previa devolución de los autos principales.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que en su oportunidad la defensa no interpuso recurso de queja ante esta Corte contra la resolución del superior tribunal provincial que no había hecho lugar al recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del 10 de agosto de 2005, mediante la cual aquel tribunal resolviera anular parcialmente la sentencia N° 133 de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca, y el debate correspondiente, en relación a David Andrés Sandoval, y reenviar la causa para que con distinta integración se dictase un nuevo pronunciamiento.

Que dicha omisión torna extemporánea la introducción del agravio atinente a la garantía que prohíbe el doble juzgamiento ahora por la defensa.

Respecto de los demás agravios planteados, resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, archívese, previa devolución de los autos principales.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **David Andrés Sandoval**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Segunda en lo Criminal de la II° Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro**.

EDUARDO ARIEL OJEDA Y OTROS c/ PROVINCIA DE SAN LUIS

ELECCIONES.

Es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema la causa en la que los actores pretenden obtener certeza respecto de varias resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados provincial en el marco de comicios locales, pues el pleito es de naturaleza electoral y se rige por el derecho público local, y no obsta a ello la circunstancia de que el actor funde su pretensión en disposiciones de la Constitución Nacional y de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, toda vez que la cuestión federal no es la predominante en la causa.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

ELECCIONES.

Corresponde a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema la causa en la que los actores pretenden obtener certeza respecto de varias resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados provincial en el marco de comicios locales, pues si bien quedan excluidos de tal jurisdicción los casos que requieren para su solución la aplicación de normas de derecho público local y el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, o legislativos de carácter local, dicho principio cede cuando la pretensión se funda exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso, o en tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Disidencia del Dr. Carlos. S. Fayt).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

Eduardo Ariel Ojeda, Jorge Ariel Figueroa, Gerardo Daniel Díaz y Carlos Omar Jofré, en su carácter de candidatos electos para el cargo

de Diputados Provinciales de los Departamentos de General Belgrano y Gobernador Vicente Dupuy de la Provincia de San Luis (período 10/12/2009-10/12/2013), por la Alianza Acuerdo Cívico y Social, en los comicios que se llevaron a cabo el 28 de junio de 2009, deducen la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra esa provincia, a fin de obtener el cese del estado de incertidumbre en el que –según dicen– se encuentran frente a las atribuciones que se ha arrogado la Cámara de Diputados de la provincia, pues entienden que no puede suspender su incorporación a dicho cuerpo, por razones de “falta de ética o idoneidad moral”.

Solicitan que se declare que la Cámara sólo tiene competencia para revisar la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de sus diplomas, y carece de facultades para establecer nuevas causales de impugnación como el “impedimento ético sobreviniente” (sic), pues ello es propio de la Justicia Electoral. Por ello pretenden que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3, 4 (incs. 1º y 2º), del Reglamento Interno y de la resolución 63-CD-09, de dicha Cámara.

Asimismo, señalan que tampoco le corresponde suspender y diferir el tratamiento de la validez de las elecciones de Diputados Provinciales del 28 de junio de 2009 y de los títulos de los actores, hasta que se resuelvan las impugnaciones efectuadas en su contra, en razón de lo cual también impugnan la resolución 67-CD-09, arts. 1º (párrafo inicial), 3º y 4º, de la Cámara.

A su vez, requieren que se declare que la Cámara debió haber tomado juramento a los actores el día 7 de diciembre de 2009, a los efectos de que éstos pudieran asumir el 10 de diciembre de 2009, como estaba previsto.

En consecuencia, aducen que tales actos resultan violatorios de los arts. 1º, 5º, 33, 123 de la Constitución Nacional, y de varios instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

Peticionan que se dicte una medida cautelar por la cual se ordene a la Cámara de Diputados, con habilitación de días y horas, la inmediata suspensión de la resolución 67-CD-09, mediante la cual se da trámite a las impugnaciones antes referidas, y la incorporación en forma inmediata de los actores a sus cargos, hasta tanto se dicte sentencia sobre el fondo del asunto en autos.

A fs. 198, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

Ante todo, cabe recordar que para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar la materia sobre la que éste versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria (Fallos: 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533; 329:759).

En el primero de los supuestos enunciados, para que la causa revista manifiesto contenido federal la demanda deducida debe fundarse directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante (Fallos: 322:1470; 323:2380 y 3279).

Pero ello no sucederá cuando en el proceso se debatan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de ellas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales (Fallos: 319:2527; 321:2751; 322:617, 2023 y 2444; 329:783 y 5675).

A mi modo de ver, esta última hipótesis es la que se presenta en el *sub lite*, pues según se desprende de los términos de la demanda –a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con los arts. 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230– los actores pretenden obtener certeza respecto de varias resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados de la Provincia de San Luis en el marco de comicios provinciales, por lo que entiendo que el pleito es de naturaleza electoral y, por lo tanto, se rige por el derecho público local, lo cual impide la tramitación de la causa ante los estrados de la Corte en esta instancia originaria.

Así lo pienso, pues el asunto se relaciona con el procedimiento jurídico político de organización de dicha provincia, es decir, con un

conjunto de actos que deben nacer, desarrollarse y tener cumplimiento dentro del ámbito estrictamente local (Fallos: 326:193 y 3448; 327:1797; 329:5809 y dictamen *in re* C. 1637, XLIV, Originario “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 2 de febrero de 2009, a cuyos fundamentos se remitió V.E. en su sentencia del 7 de abril de 2009).

Al respecto, debe ponerse de relieve que el art. 122 de la Constitución Nacional dispone que las provincias “*Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal*”, con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra “Gobierno” incluye a la Corte Suprema, a la que no le incumbe “*discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 de la Constitución Nacional*” (tal como lo sostuvo V.E. en oportunidad de expedirse en Fallos: 177:390 al debatirse la validez de la Constitución de Santa Fe). Ello es así, en razón de que conservan su soberanía absoluta en lo que concierne a los poderes no delegados a la Nación, según lo reconoce el art. 121 de la Ley Fundamental.

Además, la cuestión involucra el examen, análisis e interpretación de actos de autoridad local, puesto que el Tribunal Electoral de la provincia ya les expidió el diploma que certifica su carácter de diputados provinciales electos, en consecuencia, los actos de la Cámara de Diputados serían contrarios también a lo dispuesto por dicho Tribunal local.

La solución propuesta tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

No obsta a lo expuesto la circunstancia de que el actor funde su pretensión en disposiciones de la Constitución Nacional y de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, toda vez que la cuestión federal no es la predominante en la causa. En efecto, ello no resulta suficiente para suscitar la competencia originaria de la Corte, pues la solución del pleito exige además al tratamiento de instituciones

de derecho público local –tal como se indicó *ut supra*– y el examen en sentido estricto de actos de igual naturaleza.

En razón de lo expuesto y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros), opino que el proceso resulta ajeno al conocimiento del Tribunal. Buenos Aires, 5 de mayo de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y la conclusión del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General de la Nación.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que a fs. 179/197 Eduardo Ariel Ojeda, Jorge Ariel Figueroa, Gerardo Daniel Díaz y Carlos Omar Jofré, en el carácter de diputados

provinciales electos para el período 10/12/2009 – 10/12/2013 por los departamentos General Belgrano y Gobernador Vicente Dupuy de la Provincia de San Luis, en las elecciones realizadas el 28 de junio de 2009, inician la presente acción en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra ese Estado, a fin de que se declare: a) que la Cámara de Diputados de la provincia sólo tiene competencia para revisar la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de los diplomas; b) la inconstitucionalidad de los artículos 3º y 4º, incisos 1º y 2º del reglamento interno de la Cámara de Diputados local y de la resolución N° 63-CD-09, en cuanto atribuye a esa Cámara facultades en materias que están fuera de su competencia; c) la inconstitucionalidad de los artículos 1º, párrafo inicial, 3º y 4º de la resolución N° 67-CD-09 porque lo dispuesto en ellos –según aduce– atañe a asuntos que exceden la competencia del órgano legislativo; y d) que la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de San Luis debió tomarles juramento el 7 de diciembre de 2009 e incorporarlos como diputados el 10 de diciembre de ese mismo año a los efectos del desempeño de sus cargos por el período constitucional respectivo.

Además, la parte actora solicita que mientras dure la sustanciación del proceso y hasta tanto se pronuncie el Tribunal de manera definitiva, se dicte una medida cautelar en los términos previstos por el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se ordene a la Cámara de Diputados de la Provincia de San Luis la suspensión de la resolución N°67-CD-09, a través de la cual se dio curso a las impugnaciones presentadas, y se incorpore inmediatamente a los peticionarios como diputados, con las mismas prerrogativas de los legisladores en ejercicio.

2º) Que afirman haber sido elegidos como diputados provinciales por la Alianza Acuerdo Cívico y Social en los comicios realizados el 28 de junio de 2009, y que durante el proceso respectivo no fueron objeto de ninguna impugnación. Por ello, según arguyen, la Justicia Electoral declaró la validez de las elecciones y les otorgó los diplomas correspondientes.

Manifiestan que por comentarios provenientes de altos dirigentes del justicialismo de la provincia, difundidos en medios periodísticos locales, se conoció la voluntad de ese partido de impedir la asunción de los actores, con fundamento en que “por haber ganado la elección

integrando como candidatas el Acuerdo Cívico y Social incurrieron en una falta de ética por una anterior militancia en el Partido Justicialista”, acusación a la que luego se le añadió otra, consistente en el presunto incumplimiento del cupo femenino en la integración de las listas de candidatas.

Caracterizan ese proceder como un “plan destinado al control absoluto del ingreso de nuevos legisladores por la mayoría gobernante”, que continuó con la presentación —el 17 de noviembre de 2009—, por parte de dieciocho diputados pertenecientes al oficialismo, de un proyecto de resolución destinado a modificar el reglamento interno de la cámara, cuyo cambio sustancial consistía en agregar, como causal de impugnación de los diputados recién electos, el “impedimento físico, moral y ético sobreviniente”, y la consecuente posibilidad de suspensión de su incorporación al cuerpo hasta tanto se resuelva la impugnación en sesión ordinaria.

Arguyen que el proyecto, con modificaciones, fue aprobado en la sesión del 2 de diciembre de 2009, por resolución N°63-CD-09, y que se estableció su vigencia a partir del 1° de diciembre de ese mismo año.

En ese contexto, señalan que la Honorable Cámara de Diputados de la provincia demandada, en la sesión preparatoria del 7 de diciembre de 2009, aprobó el despacho mayoritario de la Comisión de Poderes y, con relación a los actores, suspendió y difirió el tratamiento de la validez de las elecciones del 28 de junio de 2009, hasta tanto se practicara la investigación relativa a las impugnaciones efectuadas por representantes del Partido Justicialista —distrito San Luis—, legisladores provinciales, e integrantes de la Agrupación Lealtad Peronista, relacionada con la conducta “reprochable desde el punto de vista ético y moral”, que —según afirman— se les endilga, de haber sido elegidos diputados por la Alianza Acuerdo Cívico y Social, que es un partido político ajeno a sus respectivas afiliaciones, y de no haber observado —la lista a través de la cual fueron votados— la representación proporcional femenina obligatoria.

Efectúan un pormenorizado examen de las impugnaciones que justificaron la suspensión cuestionada, y luego de concluir en la improcedencia de los argumentos en los que se sustentan, afirman, sobre la base de los precedentes “Bussi” (Fallos: 330:3160) y “Patti” (Fallos: 331:549) de este Tribunal, que las atribuciones de la Honorable Cáma-

ra de Diputados en cuanto al juzgamiento de la validez de la elección, derechos y títulos de sus miembros, se encuentran limitadas al control de la legalidad del diploma expedido por la Justicia Electoral respectiva, sin que pueda entenderse que dicha prerrogativa permite excluir del cuerpo a un legislador electo por “inhabilidad moral” fundada en causas anteriores a la elección, razón por la cual concluyen en que los artículos modificados del reglamento interno resultan claramente inconstitucionales por quebrantar el principio de división de poderes y de soberanía popular.

Agregan que, con ese proceder, la voluntad soberana del pueblo que votó en una elección que nadie cuestionó queda librada a la decisión de la mayoría de diputados integrantes de la Cámara. Por eso, solicitan que se declare que ese cuerpo sólo tiene competencia para revisar la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de sus diplomas, y que carece de facultades para establecer nuevas causales de impugnación como el “impedimento ético sobreviniente”, porque ello corresponde a la competencia de la Justicia Electoral.

En ese sentido, argumentan que la decisión de la Cámara de Diputados de la Provincia de San Luis implica violentar el principio de división de poderes y erigirse en una instancia revisora de las decisiones firmes y consentidas de la Justicia Electoral y violentar el principio de división de poderes, lo que pone en evidencia la gravedad institucional del accionar del referido órgano legislativo, y la necesidad de intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para asegurar la primacía del orden constitucional y el juego de las instituciones básicas de la Nación.

Entienden que la cuestión que motiva el inicio de la demanda deriva “directa y exclusivamente” de principios básicos que hacen tanto a la organización de la Nación, como de las provincias, y cuya preservación esta Corte está obligada a asegurar y hacer respetar en virtud de lo establecido por el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Por último, arguyen que no se trata de un tema que lesione la autonomía de las provincias, y que exija el necesario pronunciamiento de los tribunales locales, pues impugnan resoluciones de la Cámara de Diputados de una provincia por resultar violatorias del principio de soberanía popular, ínsito en la forma representativa y republicana de gobierno (artículos 1º, 5º y 123), que todas las provincias se han comprometido a preservar y que la jurisdicción de la Corte tutela.

3º) Que en el dictamen obrante a fs. 199/201 la señora Procuradora Fiscal sostiene que esta causa es ajena a la competencia originaria de esta Corte, sobre la base de considerar que el pleito es de naturaleza electoral y, por lo tanto, que se rige por el derecho público local.

En ese sentido, sostiene que el asunto se relaciona con el procedimiento jurídico político de organización de dicha provincia, es decir, con el conjunto de actos que deben nacer, desarrollarse y tener cumplimiento dentro del ámbito estrictamente local, y que además el Tribunal Electoral de la provincia ya les expidió a los actores el diploma que certifica su carácter de diputados electos, lo que implica que los actos de la Cámara de Diputados serían contrarios a lo dispuesto por dicho Tribunal.

Por lo tanto, concluye en que deben ser los magistrados locales quienes deben intervenir en asuntos de esta naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que pueda comprender el pleito encuentren adecuada tutela por vía del recurso extraordinario regulado por el artículo 14 de la ley 48.

4º) Que esta Corte no comparte el dictamen antedicho, ya que, por las razones que seguidamente se expondrán, la cuestión federal que se propone aparece como predominante.

5º) Que, en efecto, la naturaleza y las implicancias de la acción interpuesta llevan a destacar que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentado el postulado axiomático de “que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales según la declaración del artículo 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 104” (causa L. XXX “D. Luis Resoagli c/ Provincia de Corrientes s/ cobro de pesos”, fallada el 31 de julio de 1869, Fallos: 7:373; 317:1195; 327:3852).

Es por ello que una de las más importantes misiones de la Corte consiste en interpretar la Constitución Nacional de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelvan armoniosamente,

evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa. Del logro de ese equilibrio debe resultar la adecuada coexistencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuarán en dos órbitas distintas, debiendo encontrarse sólo para ayudarse (Fallos: 186:170; 307:360).

Esta doctrina ha sido reiterada por el Tribunal en sus diversas composiciones desde los albores de su funcionamiento y hasta sus pronunciamientos más recientes, formando una perfecta e integradora amalgama con las normas constitucionales que estructuran el sistema federal imperante en la República (Fallos: 314:1915, disidencia parcial del juez Petracchi y disidencia del juez Fayt y Fallos: 326:2004).

6º) Que si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (artículos 5º y 122), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1º y 5º) y encomienda a esta Corte el asegurarla (artículo 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804). Es por ello, y con el propósito de lograr el aseguramiento de ese sistema, que el artículo 117 le ha asignado a este Tribunal competencia originaria en razón de la materia en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia (Fallos: 97:177; 183:160; 211:1162 y sus citas; 271:244 y sus citas; 286:198; 310:877; 311:810; 314:495, considerando 1º; entre otros). Por consiguiente, cuando se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno y del federalismo, en el sentido que da a esos términos la Ley Fundamental, y que constituyen los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, no puede verse en la intervención de esta Corte una intromisión ni un avasallamiento de las autonomías provinciales, sino la procura de la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804), y que la Nación debe garantizar (Fallos: 327:3852).

7º) Que es del caso recordar que esta Corte ya señaló: “Que la interpretación del pensamiento que informa el artículo 5º en cuanto a su

contenido real, ha sido formulada por Estrada en los siguiente términos: 'la Constitución de los Estados Unidos sólo garantiza una forma republicana de gobierno. La Constitución argentina garantiza dos cosas: una forma republicana de gobierno y el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones. De suerte que si en Norte América solamente está obligado el gobierno federal a amparar a un Estado cuando su forma de gobierno ha sido invertida, en la República Argentina está obligado el gobierno federal a amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida, es decir, cuando ha sido interrumpido el ejercicio regular de las instituciones cuyo goce efectivo ella garantiza' (Derecho constitucional, pág. 144, tomo 3º). Y es de toda evidencia que no puede ser de otro modo, ya que el sistema político adoptado y las garantías proclamadas en un estatuto, cuando no tienen en la práctica efectividad y realización ciertas, lejos de hacer la felicidad del pueblo, lo sumen en la desgracia y en el oprobio" (Fallos: 154:192).

De esta misión del Gobierno Federal no hay razón para excluir al Poder Judicial, en la medida que le quepa ejercer las funciones que las cláusulas constitucionales citadas le atribuyen (Fallos: 310:804, antes mencionado).

8º) Que si bien es cierto, como lo recuerda la señora Procuradora Fiscal, que quedan excluidos de la jurisdicción en examen los casos que requieren para su solución la aplicación de normas de derecho público local y el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, o legislativos de carácter local (Fallos: 301:661; 310:1074, entre muchos otros) debe recordarse que ese principio cede cuando la pretensión se funda exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso, o en tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 115:167; 122:244; 292:625; 311:1588).

En estos últimos supuestos dicha cuestión adquiere tal preeminencia que excluye la intervención de la justicia local, con el propósito de afirmar las atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, los tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima (Fallos: 97:177; 183:160).

9º) Que sobre la base de los antecedentes relacionados en el considerando 2º, y en tanto la naturaleza de la pretensión (artículos 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y la efectiva subs-

tancia del litigio se orientan al resguardo de las garantías previstas en los artículos 5° y 122 de la Constitución Nacional, en lo que atañe al respeto de la participación popular en la designación de los gobernantes y al sistema de poderes limitados que la Ley Fundamental ha establecido, la cuestión federal aparece como predominante, y por ese motivo es dable concluir que la causa corresponde en razón de la materia a la competencia originaria exclusiva y excluyente del Tribunal.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la jurisdicción originaria de esta Corte. II. Correr traslado de la demanda, que se sustanciará por las normas del proceso ordinario (artículos 319 y 322, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) a la Provincia de San Luis por el plazo de sesenta días. A fin de practicar la notificación correspondiente al señor gobernador de la provincia y al señor fiscal de Estado líbrese oficio al señor juez federal de la ciudad de San Luis. III. Requerir a la parte actora informe cuál ha sido la decisión de la Cámara de Diputados con relación a las impugnaciones que dieron origen a la suspensión cuestionada. Notifíquese a la actora por cédula que se confeccionará por Secretaría.

CARLOS S. FAYT.

Parte actora (única presentada en el expediente) **Eduardo Ariel Ojeda, Jorge Ariel Figueroa, Gerardo Daniel Díaz y Carlos Omar Jofré**, representados por el **Dr. Elías Taurant**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Oscar Honorio Peña y María Alejandra Martín**.



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.

SEPTIEMBRE

CARLOS ALBERTO SORIA c/ PROVINCIA ASEGURADORA
DE RIESGOS DE TRABAJO S.A.

INTRODUCCION DE LA CUESTION FEDERAL.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que dispuso la reducción de la condena en concepto de indemnización por despido, pues la apreciación del *a quo* acerca de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 de la ley de contrato de trabajo formulada por la magistrada de primera instancia tuvo lugar “de oficio” no se ajusta a las constancias de la causa las que dan cuenta de que el punto constitucional ha sido objeto de un oportuno debate entre las partes, emergiendo de la confrontación de los argumentos oportunamente expuestos por los litigantes y, en particular, del razonamiento defensivo esbozado por la demandada, lo que implicó que al momento de sentenciar, la juzgadora se encontrase plenamente habitada para efectuar el examen del precepto legal involucrado a la luz de las pautas constitucionales, sin que quepa atribuir a esa actuación carácter “oficioso”.

DESPIDO.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que al disponer la reducción de la condena en concepto de indemnización por despido desestimó el resarcimiento por daño moral reclamado con base en el derecho civil, pues nada autorizaba al tribunal decidir, al momento de dictar sentencia, que las circunstancias fácticas en las que se basaba dicha pretensión no eran susceptibles de juzgamiento en sede laboral, dado que la incompetencia solo puede ser declarada en las etapas previstas al efecto por las normas procesales vigentes, no pudiendo tener lugar en ocasión de ser resuelto definitivamente un asunto.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvieron dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad dis-

puesta de oficio en primera instancia respecto del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo –Nº 20.744 y sus modificatorias– (v. fs. 803/814 y fs. 846/850).

Para así decidir, –en síntesis– pusieron énfasis en que en los procesos que involucran cuestiones de derecho privado de sustancia patrimonial, no es pertinente la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Tras fundar el fallo en doctrina y jurisprudencia que reprodujeron, agregaron que tal declaración sólo puede ser admitida a requerimiento de parte, y que si no es peticionada, el juez al resolver no hace más que aplicar el derecho vigente. Afirmaron que declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley importa tanto como introducir una cuestión no planteada, ya que equivale a modificar el hecho específico ya encuadrado en un esquema jurídico que constituye la sustancia de la pretensión.

En cuanto al reclamo por daño moral lo desestimaron porque entendieron que le asistió razón a la demandada en cuanto a que no se encontraban reunidos en el caso concreto los presupuestos de la aplicación de la norma (art. 1178 del Código Civil).

– II –

Contra dicha decisión la actora interpuso recurso extraordinario a fs. 855/861, el que denegado a fs. 873, dio lugar a esta presentación directa.

Señala la recurrente, que el fallo constituye una cuestión federal suficiente para la apertura del recurso en cuanto se apartó, sin fundamento, de la doctrina sentada por la Corte en el caso de Fallos: 327:3677 (“Vizzoti”) respecto al tope previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Sostiene que la decisión impugnada violenta, además del preámbulo– los artículos. 14 bis, 17, 18, 19 y 31 de la Constitución Nacional. Con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad; también se agravia del rechazo del reclamo por daño moral porque considera que el fallo en este aspecto es infundado.

– III –

En primer término debo señalar que los agravios del recurrente referido a la desestimación que la Cámara hizo de su reclamo por daño

moral, a mi entender, no pueden prosperar toda vez que se trata de meras discrepancias con interpretaciones de derecho común y valoración de circunstancias de hecho y prueba practicada por los tribunales de la causa, ajenas a la instancia extraordinaria (Fallos: 330:4331, entre muchos otros).

– IV –

En cambio, el recurso resulta procedente respecto al planteo de inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT, pues la decisión que dejó sin efecto el *a quo* hizo mérito del precedente de V.E. en los autos “Vizzoti” (Fallos: 327:3677) en los que el Máximo Tribunal se pronunció sobre el alcance e interpretación que debía otorgar a la norma aplicable en este caso, tema que considero debatido en el proceso pues la actora, en su demanda, había reclamado la indemnización prevista en dicha norma, sin tope (v. fs. 7vta.). A su vez, la demandada se opuso a dicha pretensión invocando antecedentes de la Corte en que se mantenía la constitucionalidad de aquél precepto (v. fs. 176). En tales términos, el *a quo*, al sostener que la juez de primera instancia se apartó de los términos en los que se había trabado la litis, no advirtió que la magistrada resolvió el debate, precisamente, dando respuesta a las cuestiones introducidas en la contestación de demanda.

No obstante todo ello, el *a quo* afirmó la validez constitucional de la norma sin más y reconoció el derecho pretendido por la demandada, sin hacer mención a las razones por las cuales se apartó del precedente donde el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 245 de la LCT, con el agravante de que fundó su decisión solamente en que no procedía la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Aspecto, este último, que soslaya también el criterio que V.E. expusiera en Fallos: 327:3117, mediante el cual se señaló que si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente *–iura novit curia–* incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Constitución

Nacional) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional, desechando la de rango inferior

En tal sentido, cabe destacar que V. E. ha señalado que carece del debido fundamento la sentencia que se aparta de doctrina del Alto Tribunal (en el caso no sólo el citado 327:3677, sino también en fallos 328:2816; 328:2916; 329:3019; 330:337; 330:1733; 330:3787; entre muchos otros) sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la categórica posición sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes. Ello es así pues para efectuar una diversa exégesis de las leyes aplicables, el a–quo debió haber señalado aquello que en su criterio el Tribunal no tuvo en cuenta al establecer la inteligencia que debía darse a tales normas (Fallos: 303:1769 y otros).

– V –

Por todo ello, opino que V. E. debe desestimar el recurso en lo que respecta al agravio descrito en el punto III de la presente y, en cambio, hacer lugar a la queja, conceder el recurso extraordinario, y, de conformidad a la doctrina sentada en los precedentes citados, dejar sin efecto el fallo apelado, manteniendo la declaración de inconstitucionalidad decretada en primera instancia. Buenos Aires, 2 de octubre de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalves.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 7 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Soria, Carlos Alberto c/ Provincia Aseguradora de Riesgos de Trabajo S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 846/850 de los autos principales, cuya foliatura se citará

en lo sucesivo), al modificar la sentencia de primera instancia, dispuso la reducción de la condena en concepto de indemnización por despido y desestimó el resarcimiento por daño moral, reclamado con base en el derecho civil. Contra tal pronunciamiento el actor interpuso el recurso extraordinario (fs. 855/861) cuya denegación dio origen a la queja en examen.

2º) Que para decidir en el sentido indicado el *a quo* consideró, en primer lugar, que el fallo de origen debía revocarse en cuanto había declarado de oficio la inconstitucionalidad del art. 245 de la ley de contrato de trabajo pues una solución de esa índole no resultaba pertinente “en los procesos que involucran cuestiones de derecho privado de sustancia patrimonial”. En segundo término señaló que la condena por daño moral también debía dejarse sin efecto en la medida en que se basaba en “actos ajenos al despido mismo” que no podían ser juzgados en sede laboral.

3º) Que el apelante expresa sus agravios tanto con sustento en la existencia de cuestión federal como por configurarse diversos supuestos de arbitrariedad. En relación con lo atinente a la indemnización por despido sostiene, en síntesis, que la decisión de la cámara transgrede disposiciones constitucionales y desconoce la doctrina de esta Corte establecida en la causa “Vizzoti” (Fallos: 327:3677). Por lo demás, respecto del rechazo del reclamo por daño moral alega que el pronunciamiento carece de toda motivación.

4º) Que en repetidas ocasiones el Tribunal ha señalado que en caso de basarse el recurso extraordinario en dos fundamentos, uno de los cuales es la arbitrariedad, corresponde examinar ésta en primer término pues, sin perjuicio de la existencia de una materia federal estricta, de constatarse tal tacha no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 326:4165; 327:5751; 329:4032; 329:5460; 330:2234, 2564 y 4706, entre muchos otros).

5º) Que, en ese sentido, cabe observar que la apreciación del *a quo* acerca de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 de la ley de contrato de trabajo formulada por la magistrada de primera instancia tuvo lugar “de oficio” no se ajusta a las constancias de la causa las que dan cuenta de que el punto constitucional ha sido objeto de un oportuno debate entre las partes. En efecto, como advierte la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, al demandar, el actor calculó la

indemnización por despido prevista en la norma mencionada con prescindencia del tope establecido (fs. 7 vta.). Ello motivó que, al replicar la acción, la demandada rechazase el ítem pretendido con base en diversos precedentes en los que esta Corte había sostenido la “constitucionalidad” de ese límite indemnizatorio (fs. 175 vta./176 vta.).

6° Que, trabada la contienda con los alcances descriptos, es indiscutible que la cuestión constitucional emergió enmarcada precisamente de la confrontación de los argumentos oportunamente expuestos por los litigantes y, en particular, del razonamiento defensivo esbozado por la propia demandada. Ello implicó que, al momento de sentenciar, la juzgadora se encontrase plenamente habilitada para efectuar el examen del precepto legal involucrado a la luz de las pautas constitucionales y, especialmente, de conformidad con los nuevos lineamientos trazados por este Tribunal en la causa “Vizzoti” (Fallos: 327:3677) sin que quepa atribuir a esa actuación carácter “oficioso”, como lo hizo la cámara.

7° Que, por lo demás, también es procedente la impugnación articulada con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad relativa a la desestimación del reclamo de daño moral. Ello es así pues nada autorizaba a que el tribunal de alzada decidiese, al momento de dictar sentencia, que las circunstancias fácticas en las que se basaba esa pretensión no eran susceptibles de juzgamiento en sede laboral. Sobre el particular, cabe recordar que esta Corte ha señalado reiteradamente que, salvo en las hipótesis atinentes a su propia jurisdicción y a la de la justicia federal (art. 352, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), la incompetencia solo puede ser declarada en las etapas previstas al efecto por las normas procesales vigentes, por lo que no puede tener lugar en ocasión de ser resuelto definitivamente un asunto (Fallos: 308:2029; 312:1625; 324:2493, 327:743; entre muchos otros).

En tales condiciones corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada por no constituir derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Por ello, y lo dictaminado en forma concordante por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte

un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA
— E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Carlos Alberto Soria**, representado por el Dr. **Raúl Eduardo Falconi**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional del Trabajo N° 39**.

NOEL ARNALDO CENTURION Y OTROS

SECUESTRO EXTORSIVO.

Corresponde a los tribunales ordinarios locales asumir el conocimiento de la causa por secuestro extorsivo, pues habría sido en dicha jurisdicción el último lugar donde la víctima estuvo cautiva y ocurrió su liberación ya que no concurren en el caso las particularidades del precedente “Ramaro” (Fallos: 328:3963) –en el que se declaró la competencia federal– pues sin perjuicio del extenso tiempo de privación de libertad de la víctima y la modalidad utilizada para su cautiverio, de la lectura de los antecedentes no surge la participación de los imputados en otros hechos de similares características, ni que formaren parte de una organización delictiva que tuviera por finalidad la ejecución de otros secuestros de manera sistemática, con el consiguiente riesgo para la seguridad pública, o que pertenecieran a la fuerza policial, mostrándose el accionar como una conducta aislada.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La presente contienda negativa de competencia finalmente trabada entre el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata y el Tribunal en lo Criminal N° 8 del Departamento Judicial de Lo-

mas de Zamora, ambos de la Provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa instruida por el secuestro extorsivo de Aníbal Sánchez Baladilla.

De la lectura de los antecedentes incorporados al legajo, surge que el denunciante fue sorprendido en la noche del 27 de abril de 2008 en esta ciudad, en momentos en que ascendía a un colectivo de la línea 50, por dos personas que, simulando ser policías, lo obligaron a descender del autobús y a subir, con la cabeza tapada, al asiento trasero de un automóvil, en el que se hallaba otro sujeto. Luego de treinta o cuarenta minutos de recorrido, lo bajaron y lo metieron en una vivienda en la que permaneció esposado de pies y manos a una cama. Al día siguiente, lo obligaron a comunicarse con su familia para pedir rescate, cuyo pago se concretó cerca del Mercado Central, con la entrega de 2.500 dólares de manos de “Aldo” –un conocido de la víctima–, quien a los pocos días de recibir otra suma (3.500 dólares) destinada a la liberación, desapareció con ella sin dar noticias de su paradero.

Cumplidos diez días de cautiverio, Sánchez Baladilla fue trasladado con los ojos vendados a una segunda vivienda, ubicada en Villa Centenario, partido de Lomas de Zamora, donde también lo mantuvieron maniatado a una cama, hasta que fue liberado el 18 de mayo de 2008 en la Autopista Ricchieri –a la altura de aquel mercado–, tras aceptar bajo amenaza de muerte, reunir el dinero faltante para completar los 50 mil dólares exigidos por los captores.

Elevada la causa a juicio contra Darío Román Gómez Galeano, Lina Estela Silva y Noel Arnaldo Centurión, por el delito del artículo 170 del Código Penal, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de esta ciudad, declinó su competencia territorial en favor del tribunal oral federal de turno con jurisdicción en el Partido de Lomas de Zamora, donde, a su criterio, habría cesado el delito (fs. 78/81 vta.).

Recibidas las actuaciones en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, sus integrantes sostuvieron que los hechos reconocen estricta motivación particular y no concurren en el caso las particularidades de “Ramaro”, por lo que se declararon incompetentes en favor del tribunal oral con jurisdicción en Lomas de Zamora (fs. 83/85 vta.).

Este último, por su parte, rechazó el planteo con fundamento en que el artículo 33, inciso e), del C.P.P.N. prevé la competencia federal para

el juzgamiento del delito en trato. Y consideró que otorgar el conocimiento de la causa a esa sede, luego de más de dos años de trámite en el fuero de excepción, significaría un dispendio jurisdiccional contrario a las finalidades de celeridad y eficacia perseguidas con la sanción de la ley 25.742 (fs. 86/89).

Con la insistencia del tribunal federal de La Plata y la elevación del legajo a la Corte, quedó formalmente trabada la contienda (fs. 90/91).

Sin perjuicio del extenso tiempo de privación de libertad de la víctima y la modalidad utilizada para su cautiverio, de la lectura de los antecedentes agregados al incidente, no surge la participación de los imputados en otros hechos de similares características. Tampoco que formaren parte de una organización delictiva que tuviera por finalidad la ejecución de otros secuestros de manera sistemática, con el consiguiente riesgo para la seguridad pública, o que pertenecieran a la fuerza policial. Esta última condición, más allá de la versión de la víctima, en cuanto a que sus captores le dijeron que eran policías y luego lo esposaron, no fue corroborada con otros elementos de la causa.

Más bien, estimo que los hechos en análisis se muestran como una conducta aislada, por medio de la cual los autores habrían querido sacar provecho económico de la familia del denunciante, residente en Perú. Pues, a tenor de lo relatado por éste, una de las personas que lo vigiló durante el cautiverio le dijo que “Aldo” lo había “mandado al frente”, informándoles que su padre era propietario de una fábrica de ropa en aquel país; quizá por este dato –agregó– es que creyeron que su progenitor se trataba de alguien adinerado y le insistían que se comunique con él para negociar el rescate (fs. 29 vta./30).

En consecuencia, y como bien lo sostienen los magistrados federales, opino que no se presentan en autos las circunstancias causídicas contempladas en el precedente “Ramaro” (Fallos: 328:3963), por lo que corresponde a los tribunales ordinarios de la Provincia de Buenos Aires asumir el conocimiento de esta causa, pues habría sido en esa jurisdicción el último lugar donde la víctima estuvo cautiva y ocurrió su liberación. Buenos Aires, 6 de julio de 2010. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 7 de septiembre de 2010.

Autos y Vistos:

Por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal a los que corresponde remitirse en razón de brevedad, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó el presente incidente el Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

JOSE MARIA OCHOA Y OTROS

ADMINISTRACION FRAUDULENTA.

Si se investiga el delito de defraudación a la administración pública por supuestas irregularidades –tales como contrataciones simuladas con empresas inexistentes y desvío de recursos para realizar propaganda política– cometidas por funcionarios de un organismo que recibe los fondos de la provincia pero éstos son administrados en la Ciudad de Buenos Aires, rige en el caso la competencia territorial y corresponde al juzgado nacional continuar con el trámite de las actuaciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Vuelven las presentes actuaciones a consideración de esta Procuración General de la Nación en razón de la nueva contienda negativa de competencia iniciada, en esta oportunidad, por la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 47, después de que V.E. resolviera atribuirle el conocimiento de la causa en el anterior conflicto suscitado con el Juzgado de Garantías N° 5 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

En el caso se investiga el delito de defraudación a la administración pública. Reconoce como antecedente la denuncia formulada por Patricia Mónica Chávez, quien se desempeñó como Jefa de Sumarios del Departamento Legal de la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial –UEFPF–, dependiente del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires. Allí refirió haber tomado conocimiento de distintas irregularidades cometidas por funcionarios del organismo, tales como contrataciones simuladas con empresas inexistentes y desvío de recursos para realizar propaganda política.

Con cita de lo dictaminado a fs. 258/259 y resuelto por la Corte a fs. 260, la justicia nacional, en base a los nuevos elementos reunidos (declaraciones de fs. 452/463 y 501/502), sostuvo que si bien el hecho habría ocurrido en esta ciudad, afectó directamente el patrimonio y las rentas del Estado provincial, pues el control sobre los fondos que administra la Unidad es ejercido por la Contaduría General, el Tribunal de Cuentas, el Ministerio de Infraestructura y la Legislatura de Buenos Aires.

Así, declaró su incompetencia en favor del juzgado de Lomas de Zamora (fs. 521/526), el que rechazó esta atribución porque, a su entender, los argumentos del declinante no varían los que sustentaron su anterior declinatoria, en cuanto a que la defraudación habría sido cometida en esta Capital, donde se asienta la Unidad (fs. 552/554).

Devuelto el incidente a la juez nacional, ésta mantuvo su criterio, tuvo por trabada la contienda y lo elevó a la Corte (fs. 564/570).

El fundamento dado por la justicia nacional para renovar el presente conflicto es, en esencia, el mismo que dio para rechazar el anterior: afectación del patrimonio y las rentas de la provincia, y su manejo y control por parte de autoridades y organismos provinciales. Este criterio y las testimoniales agregadas a fs. 452/463 y 501/502 –del ex Administrador General y el actual Jefe del Departamento de Legales de la Unidad–, sobre las que se apoya en esta oportunidad, no son suficientes, en mi opinión, para modificar los términos en los que V.E. resolviera la contienda originaria, en el sentido de que los fondos que ese organismo recibe de la provincia son administrados en esta ciudad. En definitiva, se eligió para este caso la competencia basada en el principio territorial, tesis que no debe variar mientras no varíen las circunstancias (especiales) de lugar.

Por lo tanto, considero que corresponde al juzgado nacional continuar con el trámite de estas actuaciones. Buenos Aires, 9 de agosto de 2010. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 7 de septiembre de 2010.

Autos y Vistos:

Toda vez que el presente conflicto de competencia ya fue resuelto por esta Corte con fecha 15 de julio de 2008, y en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, devuélvanse las presentes actuaciones el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 47, a sus efectos. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 5 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

GALVARINO SERGIO APABLAZA GUERRA

EXTRADICION.

Corresponde reanudar el trámite del recurso ordinario de apelación si el mantenimiento de su suspensión, más allá del plazo ya transcurrido y a la espera de la resolución firme que se adopte en un trámite de refugio que a más de 5 años de iniciado aún no tiene decisión en primera instancia por parte de la Comisión Nacional para los Refugiados, conduciría a prolongar sine die la resolución sobre la extradición, con riesgo de comprometer severamente los intereses que confluyen en este tipo de procedimientos con grave e injustificado perjuicio del requerido en vulneración de la garantía de la defensa en juicio y afectación tanto del interés del estado requirente en el juzgamiento de todos los delitos que son de su competencia como del interés común de los estados requerido y requirente en el respeto estricto de las reglas que rigen la extradición entre ellos.

EXTRADICION.

Corresponde revocar la resolución apelada y declarar procedente la extradición solicitada por la República de Chile si, cualquiera sea el criterio que se adopte para definir un delito como político, esta característica de ninguna manera se exhibe en un caso de homicidio agravado y secuestro extorsivo, una de cuyas víctimas revestía la condición de funcionario del Estado y si, en lo que concierne a la esfera intencional del requerido, al declarar en oportunidad de llevarse a cabo el juicio, no formuló la más remota alusión de que hubiera obrado bajo la influencia de una motivación política.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El 1º de abril de 1991, a la salida de la Universidad Católica de Chile, dos individuos interceptaron el automóvil en el que se encontraba Jaime Guzmán Errázuriz, senador de la República de Chile y profesor de Derecho Constitucional, y le efectuaron varios disparos con sendas armas de fuego provocándole la muerte.

Cinco meses después, el 9 de septiembre, alrededor de las 21 horas, C. E. del R., hijo del dueño del periódico El M., fue encañonado, encauchado y amarrado por un grupo de cuatro personas, e introducido en el baúl de un automóvil en el que se lo trasladó a un inmueble donde se lo mantuvo cautivo casi cinco meses, hasta el 1 de febrero de 1992, fecha en la cual fue liberado tras pagarse por su rescate un millón de dólares estadounidenses.

Estos son los hechos, que habrían sido perpetrados por la organización denominada F. P. M. R. (FPMR), que para esa época estaba comandada, entre otros, por Galvarino Sergio A. G., por los que la República de Chile requiere la extradición.

– II –

El magistrado titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 rechazó el pedido de extradición.

Para fundar tal postura sostuvo lo siguiente:

1. Que la República de Chile habría afectado las garantías del debido proceso del extraditable por cuanto la resolución de sometimiento a proceso con miras a obtener esta extradición fue dictada sin que el requerido haya sido oído previamente;

2. Que esa decisión de procesamiento resultaría infundada por cuanto las pruebas en las que se sustenta no serían suficiente para sostenerla;

3. Que los delitos por los que se requiere a A. G. son políticos y, como tales, excluidos del catálogo de los extraditables conforme lo estipula el artículo 3.º del tratado aplicable (Convención sobre extradición, suscripta en la 7º Conferencia Internacional Americana de Montevideo de 1933);

La sentencia de rechazo fue recurrida por este Ministerio Fiscal (fs. 983) y por los representantes del Estado extranjero (fs. 984), quienes a su vez sostuvieron su recurso ante V.E. mediante el enjundioso y extenso memorial de fs. 1049 y ss.

– III –

Para sostener el recurso fiscal, V.E. me corre esta vista, la que paso a responder a continuación siguiendo el orden de las cuestiones reseñado *supra*.

– A –

Respecto del primer punto, sostiene el magistrado que la decisión por la cual se funda el pedido formal de extradición de la República de Chile, al haberse sustentado en la decisión que dispone someter a proceso a A. G. que fue dictada sin la previa declaración indagatoria del requerido, violaría las garantías del debido proceso. Según las consideraciones del magistrado, equiparable al auto de procesamiento del artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación.

Así, funda su postura en comentarios doctrinarios sobre lo insoslayable de la declaración indagatoria como requisito previo a una decisión de mérito y en jurisprudencia de la Corte en materia de extradición, citando en especial los casos “Cauchi” (Fallos: 321:1928) y “Rodríguez Pizarro” (R. 1046. XXXIX, rta. el 14 de octubre de 2004).

No obstante, de la sola lectura de esos precedentes se advierte con claridad su impertinencia para este supuesto. En ambos (como en los demás que invoca, esto es, Fallos: 128:417; 183:296; 193:409 y 198:467) el rechazo de la extradición se fundó en la imposibilidad de que el requerido sea oído en virtud de la condena recaída en su contra.

Este impedimento tiene su recepción en el texto de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767): “la extradición no será concedida: ...d) Cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabriría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia” (artículo 11, el subrayado es propio).

En suma, la decisión que no es posible dictar sin que el requirente sea escuchado previamente para que sea admisible la extradición desde la República Argentina es la sentencia de condena y no, como pretende el magistrado, cualquier resolución. De hecho, todos los precedentes de la Corte que el magistrado invoca se refieren a condenas *in absentia*.

Y esto es así porque el impedimento se funda en que la sentencia recaída sin la posibilidad de que el imputado sea oído y ejerza sus defensas afecta el orden público argentino al coartar las garantías del debido proceso y defensa en juicio sin posibilidad alguna de subsanación ulterior. Pero esto mismo no puede predicarse de una resolución de la naturaleza de la que aquí se considera –como principio, interlocutoria– toda vez que al persistir el proceso, el imputado todavía tiene oportunidad de declarar y defenderse. En efecto, la decisión del magistrado chileno que se impugna es –tal como se dice– al solo efecto de requerir la extradición, fundada en la previa ausencia del imputado y en la certeza de que éste se encuentra en un país extranjero.

Esta característica demuestra a las claras la inaplicabilidad de la jurisprudencia citada por el magistrado. En aquellos precedentes, al impedirse la extradición porque el proceso fue celebrado en ausencia del imputado, la motivación del rechazo es que resultaba imposible retrotraer el juzgamiento hasta etapas anteriores, en las que el extraditable pudiera ejercer su defensa. Es por eso que el rechazo de la extradición ante una condena en ausencia se exceptúa cuando el Estado requirente se compromete formalmente a celebrar nuevo juicio en el que sea oído y pueda aportar las pruebas que estime menester (artículo 11.d *in fine* de la ley 24.767 y Fallos: 53:84; 71:182; 75:20, 76 y 447; 82:99; 90:337 y 409, entre otros).

– B –

Tampoco tiene sustento la valoración que hace el magistrado sobre la entidad y calidad de la prueba que sostiene la decisión del magistrado chileno de someter a proceso a A. G.

Es pacífica y conteste la doctrina de la Corte según la cual las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales celebrados deben ventilarse donde se realiza el juzgamiento y no en el proceso de extradición (Fallos: 324:1694). De allí que todas las consideraciones referidas en la sentencia sobre estas cuestiones olvidan que “el proceso de extradición posee singulares características ya que no constituye un juicio en sentido estricto y no caben en él otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes o tratados aplicables” (Fallos: 323:1755, entre muchos otros).

Además, la decisión del magistrado de ponderar la prueba con la que se pretende imputar a A. G. –que, por ende, implica la obligación de Chile de acompañarla al pedido formal– supone agregar requisitos contenidos en la ley interna (artículo 13.d *in fine*) y no previstos en el tratado, que sólo exige “una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente” (artículo 5.b).

Esto conlleva una violación al principio según el cual, para aquello que no disponga en especial el tratado que rija la ayuda, la normativa interna no puede agregar requisitos no incluidos en el acuerdo internacional, pues de esa manera se afectaría el principio *pacta sunt servanda* y las reglas de interpretación fijadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 26, 31 y 32).

La excusa argüida en la sentencia para proceder a este análisis probatorio, esto es, la circunstancia de que el proceso de extradición posee una etapa judicial lo que –se alega– significa que el examen de los requisitos supera lo meramente formal, que podría hacerse eficazmente por la autoridad administrativa, olvida que no es éste el fin de la sumisión de los procesos de extradición a los jueces sino la circunstancia de que los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales (R. 1046. XXXIX *in re* “Rodríguez Pizarro, Mario s/extradición”, rta. el 14 de octubre de 2004, entre otros).

Y si la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal exige que el Estado requirente aporte una explicación de los motivos que fundamentan la imputación, es porque la aplicación de la ley presupone la inexistencia de tratado bilateral con el Estado reclamante (artículo 2), lo que implica que la relación internacional con ese gobierno puede no ser tan fluida ni corriente como con aquellos países con los que se han celebrado acuerdos bilaterales. Distinto es, entonces, el caso en que sí existen tratados (y con mayor razón el de la República de Chile, país fronterizo, con el que mantenemos una larga relación fundada en nuestro común origen, historia y tradición) en los cuales, generalmente, se exige solamente la remisión de una orden de prisión auténtica basándose, precisamente, en la mutua relación de confianza existente.

– C –

En el tercer punto de la sentencia recurrida el juez federal expone una tesis respecto de la historia política chilena desde su independencia hasta la actualidad, haciendo particular referencia al quiebre de la democracia, a la dictadura de Augusto Pinochet y a la posterior recuperación del Estado de Derecho en el año 1990.

Aún cuando los criterios expuestos podrían ser fruto de discusión, encuentro que con la lectura del extenso memorial de los apoderados del Estado requirente –quienes sin duda pueden ofrecer opiniones particularmente versadas sobre las diversas vicisitudes políticas que sobrellevó el pueblo chileno– se puede dar por satisfecho el estudio de tan complejo tema.

De todas formas pienso que esta discusión puede obviarse, pese a que sobre la base de aquel ensayo el *a quo* construye la premisa mayor de su razonamiento, pues sostiene que aún con posterioridad a la reposición democrática en la República de Chile subyacería un estado de terror, situación que permitiría o, al menos, toleraría que la represión de la dictadura continúe en contra de aquellos que se le opusieron, justificando de tal forma que a la época de los sucesos atribuidos al FPMPR estos obedecieran a móviles políticos y no terroristas, excluyendo la posibilidad de extraditar a sus responsables. Lo cierto es que los hechos por los que se requiere la extradición fueron consumados con posterioridad al advenimiento democrático, razón de tiempo que excluye la posibilidad de que figuras del régimen totalitario busquen venganza por agravios ocurridos con posterioridad a su ocaso, valiéndose para ellos de las instituciones consolidadas de la República chilena y, en especial, de su Poder Judicial.

Así opino, toda vez que dentro de su actual realidad institucional Chile no necesitaría acreditar que aplicará con justicia la ley de la tierra (Fallos: 187:371) y mucho menos, frente a la invocación de una tesis o hipótesis generalizada, sin sujeción a demostración fehaciente en el caso concreto (Fallos: 324:3484).

Es también en las propias palabras defensivas de A., que el *a quo* transcribe, donde queda aclarado que no busca amparo para justificar sus actos o su pertenencia al F. P. M. R. en un ideario contra la opresión dictatorial sino que su voluntad obedece también a la contradicción al sistema democrático mismo.

Desde esta perspectiva, es preciso analizar el carácter de “delitos políticos” que la sentencia atribuye a los hechos por los que se requiere la extradición de A. G.

Como se sabe, la Convención de Montevideo de 1933 dispone, en su artículo 4, que la decisión acerca de si un determinado hecho debe ser considerado delito político corresponde exclusivamente al estado requerido.

En el marco de esa determinación, el *a quo* argumentó, para negar la extradición, que los hechos imputados a A. G. constituyen delitos políticos. La sentencia llegó a esa conclusión mediante un razonamiento que aprecio contradictorio. En efecto, se afirma –con cita de Francesco Carrara– que es imposible encontrar una definición satisfactoria del concepto de “delito político”. Pero, a pesar de este escepticismo inicial, luego de una descripción de la situación en la República de Chile a partir de su ingreso en la normalidad democrática, se concluye en la sentencia que los delitos por los que se requiere a A. G. fueron, efectivamente, políticos.

En lo que sigue, deberá analizarse con algún detenimiento la subsunción de los hechos por los que se requiere a A. en la categoría de delitos políticos. La respuesta sobre si el secuestro de C. E. del R. puede considerarse un delito político es algo más sencilla que la que es necesaria brindar con relación al homicidio de J. G. E. Se comenzará entonces por este primer hecho.

Para dilucidar esta cuestión se analizará lo estipulado por la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley 24.767). La regla general establecida por la mencionada ley está contenida en el artículo 8, inciso a, que establece que la extradición no procederá cuando “el delito que la motiva fuese un delito político”.

La Ley 24.767 no contiene, en realidad, ninguna definición positiva del concepto de delito político, sino que presenta criterios de exclusión, es decir, se enumeran tipologías de hechos que no pueden ser considerados como delitos políticos.

En efecto, el artículo 9 dice que: “no se considerarán delitos políticos: a) Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; b) Los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de

un jefe de Estado o de gobierno, o de un miembro de su familia; c) Los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de personal diplomático o de otras personas internacionalmente protegidas; d) Los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de la población o del personal civil inocente no comprometido en la violencia generada por un conflicto armado; e) Los delitos que atenten contra la seguridad de la aviación o la navegación civil o comercial; f) Los actos de terrorismo; g) Los delitos respecto de los cuales la República Argentina hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar”.

El inciso g de la norma citada es especialmente relevante, porque respecto de hechos de secuestro, la República Argentina “ha asumido una obligación internacional de extraditar o enjuiciar”, conforme surge de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (A/34/176; UN Treaty Series, vol. 1316 p. 205, aprobación legislativa en la República Argentina por ley 23.956, ratificado el 18 de septiembre de 1991, entrada en vigor el 18 de octubre de 1991).

Este instrumento del que tanto la República Argentina como la República de Chile son parte (ver decreto promulgatorio Nro. 989 de RREE, de 1981, publicación en el Diario Oficial el 8 de enero de 1982 de la República de Chile y el consecuente depósito del instrumento de ratificación el 12 de noviembre de 1991) estatuye que “toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará ‘rehén’) o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención” (artículo 1.1).

Esta descripción coincide, en esencia, con la del artículo 141 del Código Penal chileno y la del artículo 142 *bis*, inciso 6° del Código Penal argentino y, principalmente, es aplicable al hecho de secuestro tal cual ha sido relatado en el pedido formal de extradición.

Conforme lo expuesto, cuando los hechos queden subsumidos en la Convención de derecho internacional citada, la calificación de delito político como impedimento para el extrañamiento resulta inviable toda vez que “los delitos previstos en el artículo 1 [de la convención]

se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a la extradición en todo tratado de extradición celebrado entre los Estados Parte” (artículo 10).

En síntesis, el secuestro de C. E. del R. no puede ser considerado un crimen político dado que se verifica la excepción prevista en el artículo 9, inciso g, de la ley 24.767.

En realidad, debe hacerse la siguiente aclaración. Como se verá a continuación cuando se analice el concepto de delito político, podrá apreciarse que esa categoría –aun cuando sea de difícil definición– sigue parámetros propios, es decir, lo que sea un delito político depende de criterios materiales autónomos. Desde ese punto de vista, cuando la ley 24.767 dice que “no se considerarán delitos políticos” aquellos por los que se haya asumido una obligación de extraditar, quiere decir, en realidad, que las salvaguardas especiales que se aplican a los delitos políticos respecto de la extradición no han de ser aplicadas. Ello no significa que realmente, desde el punto de vista material, el delito ya no sea político. Esto quedará más claro luego del desarrollo que seguirá a continuación.

Es pertinente entonces analizar los criterios que se han desarrollado en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales para determinar si un hecho en concreto puede ser calificado como “crimen político”. Una vez en claro cuáles son los criterios, se podrá entonces analizar si el homicidio por el cual el gobierno de la República de Chile solicita la extradición se subsume en esta especial categoría.

Una primera definición podría consistir en describirlos como aquellos delitos que solamente violan el orden político de un estado, más concretamente, los delitos que atacan la forma de gobierno, la organización y el funcionamiento de los poderes políticos y los derechos políticos de los ciudadanos (conf. Ferrari, Robert, *Political Crime*, Columbia Law Review 20 –1920–, p. 308 y ss., p. 309 y s., tomando la definición de Vidal). De manera similar, refiriéndose a una definición constitutiva del “criterio objetivo” de la clasificación como crimen político, sostiene Donnedieu de Vabres que el delito político es aquel que atenta contra la existencia, la organización o el funcionamiento del Estado, en suma, los delitos que atentan contra los derechos políticos de la ciudadanía (Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation penale comparee*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1947, p. 120 y s.).

La noción moderna de delito político es el resultado de una evolución por la cual, lo que antiguamente era considerado como especialmente pernicioso y, por lo tanto, tratado con especial rigor, pasó a ser considerado merecedor de una especial lenidad. En efecto, el apogeo del liberalismo en el siglo XIX cambió la percepción del delito político como un atentado al poder divino del gobierno (*crimen majestatis*) a una percepción del mismo como manifestación de ideales positivos de cambio. La idea de que aun las concepciones más radicales debían ser toleradas porque podrían contener importantes motores para el progreso, es un aporte prototípico del liberalismo político. En relación con esta concepción, el liberalismo basó su lucha por la existencia de una amplísima libertad de expresión y de tolerancia respecto del disenso político (conf. por ejemplo Mill, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, traducción de Azcárate, Madrid, 1996, ps. 77, 84 y *passim*). En ese orden de ideas, el delito político, si bien todavía podía ser considerado una infracción penal, compartía con la libertad de prensa y opinión la característica común de tender, por lo menos, a promover el progreso. Además, cuando un prototípico delito político tenía éxito la consecuencia podía ser que el autor se convirtiera en una figura capital del nuevo régimen; en ese caso, lo que era un delito pasaba a ser considerado un acto heroico. Por el contrario, el fracaso del hecho llevaba implícita la categorización del mismo como delito. Esta diferencia, que dependía de cuestiones de hecho, empezó a ser considerada injusta, y de allí derivó también el tratamiento cada vez más leve del delito político.

Productos de esta evolución fueron, por ejemplo, la prohibición, contenida en nuestra Constitución Nacional, de la pena de muerte para los delitos políticos, y el creciente desarrollo de la protección contra la extradición: el autor de crímenes políticos debía ser protegido del posible trato especialmente severo que por venganza habría de ser sometido en el país que lo reclama, cuando su intento revolucionario o cuasi revolucionario hubiera fracasado.

Más allá de esta evolución histórica, y retornando al concepto mismo de delito político, suele también hallarse en doctrina la referencia a criterios de clasificación puramente subjetivos. La escuela criminológica positiva fue una de las que pretendía determinar la existencia de delito político atendiendo, más allá de la objetividad del hecho, a los motivos del autor. Esto era claramente determinante para la escuela positiva italiana, cuyo criterio rector pasaba de manera preponderante por la

motivación del autor, en tanto ésta –siempre en el marco de esa teoría criminológica-penal– era decisiva para establecer la “peligrosidad del delincuente” y la medida de la pena (conf. sobre la posición de Ferri, Gómez, Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1941, Compañía Argentina de Editores, Tomo V, p. 318 y ss., especialmente 321).

Sin embargo, en línea con la tesis objetiva hay que insistir en que lo principal del delito político reside en si el hecho ataca realmente a la forma de gobierno o a los poderes públicos. Un homicidio, por ejemplo, con el cual el autor cree o pretende atacar un gobierno, no puede ser tratado con las reglas más leves que se aplican al delito político sólo porque el contenido de la voluntad del autor sea político. El hecho tiene que tener una faz objetiva, por constituir realmente un ataque a la forma de gobierno, a la organización de los poderes públicos, sus relaciones recíprocas, los derechos políticos de los ciudadanos –cuando el delito político ataca al “interior”– o a la independencia de la nación, la integridad del territorio y las relaciones del estado con otro estado –cuando tiene una relación con el “exterior”– (conf. la definición de Garraud, R. Précis de droit criminel, L. Larose Editeur, París, 1895. p. 68).

El criterio totalmente subjetivo no puede, por ello, tomado aisladamente, establecer cuál es el “bien jurídico protegido” en los delitos políticos. Por supuesto que la subjetividad del autor podrá en algunos casos tener una influencia en la determinación de si, en el caso concreto, el hecho llevado a cabo puede tenerse por delito político. Pero la categoría se define primordialmente por la clase de bienes jurídicos atacados. Para expresarlo más claramente, se requiere que exista objetivamente un ataque al sistema político, y ello significa, según se verá enseguida, que debe existir objetivamente una situación de confrontación abierta entre sectores o bandos por el poder político. Por ello, el mero voluntarismo del autor no puede transformar su hecho común en un hecho político cuando falta ese elemento objetivo. Dicho con palabras de Garraud, “según nuestra opinión, el carácter político o no político de un acto, que es jurídicamente criminal, no está determinado por la existencia o inexistencia de motivos políticos, sino que depende de la naturaleza del acto considerado en sí mismo” (conf. Garraud, *op. cit.* p. 69, quien posteriormente establece un criterio objetivo en referencia a la posible clasificación de los hechos como cometidos en un estado de guerra regular o si, por el contrario, en ese contexto, son repugnantes al derecho de gentes).

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que los ataques al sistema político (lo cual constituye, como se dijo, la esencia de los delitos políticos) en la mayoría de las ocasiones comprende o se manifiesta a través de delitos que de por sí son comunes.

Ciertamente, la doctrina reconoce en general la existencia de delitos políticos puros, como por ejemplo, entre otros, la comunicación con estados enemigos, conspiraciones, sedición, violación de los códigos electorales, etc. (conf. Ferrari, Robert, *Political Crime and Criminal Evidence*, *Minnesota Law Review*, 6 –1919–, p. 365 y ss., p. 366). Otros autores definen a los delitos políticos puros como aquellos hechos que atacan la seguridad del estado, como la traición, la sedición, la rebelión y el espionaje (Larschan, Bradley, *Extradition, the Political Offense Exception and Terrorism: An Overview of the Three Principal Theories of Law*, en *Boston University International Law Journal*, Nro. 4 –1986–, p. 231 y ss., p. 248).

Sin embargo, el problema consiste en que raramente estos delitos aparecen sin ningún fenómeno acompañante, ya sea porque su ejecución implica al mismo tiempo la ejecución de otro tipo penal, o porque para su realización se cometieron, a la manera de medio, otros delitos. De allí derivan las categorías frecuentemente nombradas de los delitos políticos complejos y de los delitos políticos conexos. La primera categoría trata de los casos en los que el mismo hecho implica al mismo tiempo una lesión del orden político y de la ley penal ordinaria. La categoría de los delitos políticos conexos está conformada por aquellos delitos que siendo comunes, son cometidos en un contexto de ejecución de otros hechos que sin duda se subsumen en la categoría, como por ejemplo, el robo a una armería por parte de insurgentes políticos (conf. Garraud, *op. cit.*, p. 68 y s.; y Ferrari, *Political Crime and Criminal Evidence*, p. 367, quien a su vez recurre a las clásicas distinciones de los autores franceses Garçon y Garraud).

El punto conflictivo consiste, justamente, en determinar cuándo la vinculación de un hecho con un delito político permite su calificación como delito político complejo o conexo. Como es claro, si el delito puede ser considerado político, al menos por conexión, ese carácter lo tiñe completamente a los fines de la extradición que, por lo tanto, no procede. Para decidir acerca de esta categoría, la doctrina y fundamentalmente la jurisprudencia de los estados en casos de extradición ha ido elaborando distintos criterios orientadores. Sucede que, como es

lógico, las dificultades de clasificación de un hecho como delito político se dan, principalmente, en el ámbito de los delitos conexos o complejos, pues la pertenencia a esa categoría de la mayoría de los delitos políticos puros (rebelión, sedición, traición, etc.) es segura. Por ello, la complejidad surge realmente cuando en el marco de un delito político aparecen hechos que también son delitos comunes, y respecto de los cuales, por lo tanto, podría reclamarse que no estén amparados por la categoría del delito político.

En realidad, esta dificultad aparece inevitablemente, pues el delito político siempre se lleva a cabo a través de conductas que a su vez se subsumen en tipos penales comunes. Por ejemplo, el deponer a un gobierno se lleva a cabo, como mínimo, y haciendo un esfuerzo por imaginar la forma menos cruenta posible, con privaciones ilegales de la libertad y coacciones. Al menos es necesaria la coacción ejercida sobre las autoridades de abandonar el cargo y el despacho, para reemplazarlos en sus funciones (conf. artículo 226 del Código Penal).

Pero sucede que, muchas veces, el camino que hay que recorrer para clasificar esos hechos como delitos políticos es el inverso. La pregunta es más bien si determinado homicidio, privación de la libertad o coacción es un delito político complejo o conexo. Y, para ello, es necesario verificar que esos hechos hayan significado también, más allá de la muerte y la privación de la libertad que afectan a personas determinadas, un ataque al sistema político, es decir, que los hechos hayan tenido lugar en un contexto que pueda ser caracterizado como una confrontación abierta entre bandos o sectores por el poder. Y, como se dijo anteriormente, la constatación de esa situación debe ser objetiva, lo que significa que lo decisivo para resolver acerca de la existencia de esa confrontación no es la subjetividad del autor, sino la percepción de la sociedad. Sin esta constatación objetiva, no existe un ataque al sistema político al que se pueda anexar la violación de la ley común.

En lo que sigue, se revisarán algunos de los *test* más importantes para determinar *objetivamente* cuándo un hecho, que *prima facie* lesiona un derecho común (la muerte de una persona determinada, su privación de libertad, el ejercicio de coacciones sobre ella, etc.) constituye un delito político complejo o conexo.

El primer parámetro o *test* ha recibido el nombre de “*test* de la incidencia política”, y fue el criterio seguido por los tribunales de Estados

Unidos de América y Gran Bretaña, aunque con matices diferentes. El *test* está claramente enunciado en un antecedente jurisprudencial norteamericano de 1894 (*in re Ezeta*, District Court, N.D. California, 62 F. 972, fallo del 22 de septiembre de 1894). En esa decisión, el Juez parece enfocar su criterio de manera central en la idea de que los delitos son políticos si ocurren en un contexto de lucha entre dos fuerzas que se disputan el poder. En efecto, el Juez Morrow se guía, entre otras citas, por las palabras pronunciadas por John Stuart Mill en la Cámara de los Comunes en 1866 para definir al delito político: “Todo delito cometido en el curso o en la promoción de una guerra civil, insurrección o conmoción política” (fallo *cit.*, p. 997 y s).

El caso *Ezeta* trataba la petición de El Salvador a Estados Unidos de extraditar a Antonio Ezeta y otras personas. Ezeta había sido miembro de un gobierno que había llegado al poder luego de deponer al presidente Francisco Menéndez. Los crímenes que se le imputaban habían sido cometidos unos años después de aquella toma del poder, en el contexto de las luchas de ese nuevo gobierno para resistir una (nueva) revolución. Claramente había dos bandos enemigos con fuerzas militares leales a cada uno que se disputaron el poder en acciones bélicas. El *test*, según ha sido interpretado posteriormente por la doctrina, consistió en probar si se daban las dos siguientes características: primero, debe existir un conflicto real entre dos bandos o fuerzas armadas y, segundo, el hecho debe formar parte del conflicto en desarrollo (conf. Taulbee, James L., *Political Crimes, Human Rights and Contemporary International Practice*, en *Emory International Law Review* 4 –1990–, p. 43 y ss. P. 60; conf. igualmente Larschan, *op. cit.* p. 259 y ss.). La respuesta positiva a estos interrogantes arroja como resultado el carácter de delito político (complejo o conexo) del hecho.

En línea con el anterior, pero en forma independiente, la jurisprudencia francesa fue construyendo lo que actualmente suele ser denominado el *test* “político-objetivo”. La nota distintiva de esta evaluación consiste en la falta de consideración de la motivación del autor; el único parámetro consiste en determinar si el hecho afecta objetivamente la organización política del estado. En el caso del pedido de extradición del ciudadano de San Marino, Giovanni Gatti, el tribunal, a pesar de la alegación de motivos políticos, sostuvo que: “[l]o que distingue el delito político del delito común es el hecho de que el primero sólo afecta a la organización política del estado, los derechos propios del estado, mientras que el segundo afecta exclusivamente derechos diferentes a

aquellos del estado... el delito no deriva su carácter político del motivo del autor, sino de la naturaleza de los derechos que afecta” (citado por Taulbee, *op. cit.* p. 56). Larschan (*op. cit.*, p. 266) emparenta este criterio con el criterio desarrollado por Garraud mencionado *supra*, según el cual el motivo, intención o meta del actor son irrelevantes para la clasificación del hecho, pues sólo importan algunas circunstancias objetivas del hecho.

Como se aprecia, ese parámetro, considerado estrictamente, habilitaría negar la extradición sólo en los casos de delitos políticos puros. Sin embargo, jurisprudencia posterior amplió la definición, de tal manera que delitos políticos complejos y conexos también estuvieran excluidos de la extradición; sin embargo, la característica de que debía existir objetivamente –y no sólo en la mente del autor– un ataque a la organización política no fue dejado de lado, como así tampoco la irrelevancia de la motivación política del autor.

El llamado “enfoque del motivo predominante” fue creado por los tribunales de Suiza. Según este criterio, para que un hecho pueda ser considerado un delito político complejo o conexo debe cumplir con tres requisitos. En primer lugar, el hecho debe ser cometido durante la preparación o la comisión de un delito político puro; en segundo lugar, debe haber una conexión directa entre el hecho y el objetivo político perseguido; y, tercero, el grado del ilícito común debe estar en una relación de proporcionalidad con el objetivo político perseguido (Larschan, *op. cit.* p. 272). Posteriormente, los tribunales suizos introdujeron lo que algunos autores describen como un cuarto criterio, que parece en realidad un parámetro de evaluación del tercero. En el caso de la extradición de Alviso Pavan de Suiza a Italia, el tribunal del caso sostuvo que el homicidio, el asesinato de personas prominentes, y los asesinatos “son los crímenes más infames, y sólo pueden estar justificados en los casos en los que no existe otro método para proteger los derechos fundamentales de la humanidad” (conf. Taulbee, *op. cit.* p. 52 y s.)

A su vez, la historia política argentina registra algunos antecedentes cuyo tratamiento ante la Corte Suprema ha asentado una doctrina que puede servir de orientación respecto de la categoría de los delitos políticos. Por ejemplo, en Fallos: 21:121 se registra el dictamen del Procurador General, doctor Eduardo Costa, acerca de la categorización como delitos políticos de los hechos cometidos en la rebelión llevada a cabo en 1876 por Ricardo López Jordán. De manera clara, el Procu-

rador General sentó lineamientos que coinciden con un *test* objetivo, en el sentido de que es indudable la característica de delito político cuando se trata de hechos cometidos en el marco de una disputa por el poder; por el contrario, delitos cometidos por razones de venganza, aunque ésta fuera estrictamente política, no estarían comprendidos en esta categoría. Así, en aquel dictamen del Procurador General Costa, previo al fallo de la Corte de marzo de 1879, puede leerse:

“He estudiado este voluminoso proceso con la atención que la espectralidad del caso requería, y debo declarar que no encuentro en ninguna de las imputaciones que se han hecho al procesado, fundamento bastante para que no pueda acordársele la excarcelación que solicita. Los fusilamientos, los saqueos, los degüellos y demás hechos criminales de que se le hace cargo, no pueden considerarse delitos comunes. No es justo, ni posible, considerar todos estos hechos con prescindencia de las circunstancias especiales en que tenían lugar. En nuestras deplorables luchas intestinas, en ejércitos irregulares y tumultuosos, el jefe que los manda, es incapaz de hacer guardar la disciplina de los ejércitos regulares, y tiene forzosamente que tolerar muchos desórdenes y muchos actos de violencia que no tiene el poder de reprimir. Con frecuencia el mismo se encontrará en la necesidad de desplegar una severidad excesiva para evitar males mayores. Ninguno de los hechos de que se hace cargo á López Jordán reviste los distintivos esenciales que caracterizan los delitos comunes. Ni el deseo de vengarse de un enemigo particular, ni el de apropiarse los bienes ajenos ha podido inspirarlos. En todos y en cada uno de ellos, dado el caso de que le fueran probados, no puede dejarse de tener en cuenta la posición en que se encontraba; todos y cada uno de ellos han sido cometidos bajo la influencia de una situación política excepcional y extraordinaria y para estos casos nuestra Constitución contiene una excepción que no es posible olvidar por un momento. En las mismas condiciones se encuentra el asesinato del General Urquiza”.

También en el precedente de Fallos: 54:464 estableció la Corte la doctrina de que los hechos delictivos cometidos durante un acto de sedición no pueden tomarse aisladamente, de tal manera que puedan producir una persecución independiente a la del delito de sedición; con ello se establece, en principio, la pertenencia a la categoría de los delitos políticos de los “delitos comunes” mediante los que se materializa la rebelión, al menos en lo que respecta a los fines de la composición de la pena.

Sin embargo, esta doctrina debe ser precisada con un último antecedente jurisprudencial que será mencionado aquí. En el fallo de la Cámara Federal de la ciudad de La Plata del 24 de noviembre de 1910, publicado en Fallos: 115:312, se establece un criterio delimitador preciso. En efecto, ese tribunal sostuvo que para que el delito común conexo al delito político esté teñido de la característica política, con todas las consecuencias que ello implica, no puede tratarse de delitos comunes que sean innecesarios para conseguir el objetivo político que se perseguía. En el contexto de los hechos sobre los que versaba esa sentencia, la innecesariedad derivaba de la circunstancia de que los homicidios cometidos por un grupo interno de los sublevados que bruscamente se oponen a los líderes políticos de la insurrección en marcha carecían de todo sentido, porque estos líderes ya habían decidido –por varias razones– deponer su actitud. La doctrina del tribunal se encuentra claramente expresada en los siguientes párrafos:

“La amnistía decretada por delito político, se extiende a los delitos comunes que sean consumados en el momento de efectuarse aquellos, con fin político, como medios para la defensa o el ataque, justificados por una *imperiosa* necesidad para conseguir el fin que se propone el acto político, son consecuencia y parte integrante de tal hecho.

Viceversa, aquellos hechos delictuosos que no son incluidos en esa necesidad, los atentados y ofensas cometidos contra la persona o la propiedad, inspirados por pasiones privadas, el odio, la venganza, la codicia, aunque sean realizados con ocasión de una insurrección, son y permanecen como delitos comunes, delitos distintos y separados de la lucha política y que no tienen el carácter de ésta; todos estos hechos constituyen delitos aparte y están excluidos de la indulgencia acordada para los delitos políticos”.

Ciertamente, estos criterios jurisprudenciales mencionados hacen una referencia explícita a las formas en las que se manifestaban las luchas políticas en nuestro país en el siglo XIX y a principios del siglo XX. Sin embargo, el criterio de la necesidad de la existencia de una confrontación política entre dos partes para caracterizar a los hechos como delitos políticos por conexidad, también puede ser aplicado a formas de confrontación en las que las partes del conflicto presentan una organización menos centralizada y definida. Las luchas que tuvieron lugar durante la segunda mitad del siglo XX por la consolidación de un nuevo orden político tuvieron características diferentes a las ocurridas

en el período de las luchas internas del siglo XIX. En el período previo a la sanción de la Constitución, y también durante algunas décadas después de establecido el orden constitucional, la fenomenología de la lucha política consistía en el enfrentamiento de dos bandos definidos, de organización clara y centralizada; la lucha en sí, conducía, en su etapa decisiva, al enfrentamiento de dos ejércitos en un campo de batalla.

Pero en el siglo XX, particularmente durante su segunda mitad, esa forma de la lucha política, por múltiples factores, no fue la única posible. Especialmente, sectores que disputaban el poder —en muchos casos ilegítimamente ejercido— tuvieron una organización difusa o estuvieron compuestos por distintos grupos no necesariamente coordinados entre sí. De esa manera, delitos cometidos en ámbitos políticos, sociales y gremiales, a pesar de no tener la característica de organización centralizada que tenían las rebeliones del siglo XIX, ocurrieron, sin embargo, en un contexto objetivo de confrontación con los ocupantes de los gobiernos, y ello en persecución clara de un objetivo político que se encontraba a real alcance.

Como puede apreciarse, si se analiza el homicidio de J. G. E., no se comprueba que pueda clasificarse el hecho en la categoría de delito político. En efecto, la subsunción no sólo fracasa a nivel de los *test* concretos desarrollados para analizar los casos de manera más bien aséptica, como se verá luego, sino que la misma idea general del crimen político parece alejada del hecho.

En efecto, más allá de que el homicidio, según se desprende de los recaudos enviados por el Estado chileno, habría sido organizado y perpetrado por la organización F. P. M. R., no surge ya de las circunstancias objetivas que ese acto atacara directamente a la forma de gobierno, al funcionamiento de los poderes políticos ni que fuera un acto de disputa de la organización del gobierno ni del poder. En primer lugar, nada indica que con esa acción se persiguiera ni que objetivamente se lograra un ataque a la existencia, la organización o el funcionamiento del Estado.

Particularmente relevante es la ausencia de una disputa seria de la detentación del poder. De la lectura del expediente se desprende más bien que el hecho fue una especie de represalia por la participación pasada de G. E. en el gobierno de Pinochet. Pero una relación de ese homicidio con un acto de sedición, revolución o conspiración, que por accesión tiñera al hecho como delito político complejo o conexo no se

verifica en los recaudos enviados por el Estado chileno, ni en el expediente. Tampoco aparece, como hecho público y notorio, la existencia de un alzamiento revolucionario o ni siquiera de una confrontación abierta entre sectores por el poder que haya ocurrido en Chile en la época del homicidio de G. E.

Por lo demás, la mera condición de Senador que tenía la víctima no es capaz, por sí sola, de transformar el delito en político; un criterio de ese tipo no se halla en ninguna doctrina ni jurisprudencia reconocida.

En cuanto a los criterios reseñados brevemente, como ya ha sido adelantado, el hecho no los cumple en ningún caso. En efecto, es claro que, en primer lugar, según el *test* de la incidencia política, el homicidio de G. E. no ocurrió en el contexto de la existencia de una disputa por carriles no institucionales. El proceso de transición democrático chileno no consistió en una oposición por la fuerza al antiguo régimen militar, sino que por el contrario existió una convicción general acerca de que la salida gradual del régimen debía ser institucional. En ese sentido, no existía una confrontación no pacífica y que no consistiera en la formación de coaliciones políticas de manera democrática. En todo caso, la elección del pueblo chileno acerca del modo de oponerse al poder todavía remanente del régimen anterior no consistía en el uso de la fuerza, sino en el de la confianza en las instituciones democráticas.

En segundo lugar, el *test* desarrollado por la jurisprudencia francesa tampoco arroja un resultado positivo. En efecto, y tal como ya fue parcialmente revisado, el hecho de ninguna manera afectó la organización política del Estado chileno, más allá de las motivaciones presumiblemente existentes en los autores del hecho. Por último, el enfoque del “motivo predominante”, a veces también llamado “*test* de la proporcionalidad”, arroja un claro resultado negativo en la clasificación del hecho como político. Particularmente, es palmaria la falta de relación entre el hecho y un delito político puro; más aun el homicidio de un Senador como hecho *aislado* y *único* de oposición, considerando la ausencia de un contexto social de confrontación por la fuerza, aparece fuera de proporcionalidad respecto de una supuesta meta revolucionaria eventualmente perseguida.

En síntesis, en el caso de Chile, más allá de la opinión que pudieran tener al respecto los presuntos autores, lo cierto es que existía un go-

bierno *de iure*, producto del proceso de normalización democrática que la sociedad chilena había avalado a través del voto, y sigue haciéndolo hace más de una década, y que de hecho se ha afianzado definitivamente, todo lo cual demuestra que el entendimiento general estaba lejos de valorar el contexto social en el que ocurrieron los hechos como una confrontación entre sectores por vías no institucionales.

En conclusión, la calificación del hecho como delito político debe ser negada.

– IV –

Por todo lo expuesto corresponde revocar la sentencia en todo cuanto fuera materia de apelación. Buenos Aires, 8 de febrero de 2006. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Apablaza Guerra, Galvarino Sergio s/ arresto preventivo”.

Considerando:

1º) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 resolvió no hacer lugar a la extradición de Galvarino Sergio Apablaza Guerra solicitada por la República de Chile para su juzgamiento como autor “mediato o intelectual” del atentado terrorista con resultado de muerte perpetrado, el 1º de abril de 1991, en contra del senador Jaime Guzmán Errázuriz en su calidad de autoridad política y secuestro terrorista, cometido el 9 de septiembre del mismo año, en perjuicio de quien se desempeñaba como Gerente de Diarios Regionales de la empresa “El Mercurio”, Christian Edwards del Río.

2º) Que los recursos de apelación ordinaria interpuestos contra esa decisión, tanto por el representante del Ministerio Público Fiscal como por el país requirente, fueron concedidos a fs. 987.

3º) Que, en esta instancia, el señor Procurador General de la Nación mantuvo la apelación de su inferior jerárquico (fs. 1123/1133) y la República de Chile presentó el memorial respectivo (fs. 1049/1121), de lo cual se corrió traslado a la defensa particular de Apablaza Guerra (fs. 1144/1159).

4º) Que según constancias obrantes a fs. 210/211 acompañadas oportunamente por la defensa, el 1º de diciembre de 2004 –mientras la causa tramitaba en primera instancia– Galvarino Sergio Apablaza Guerra presentó un pedido de refugio ante el Comité de Elegibilidad para Refugiados (CEPARE Ver asimismo constancias de fs. 228, 242/243 y 385).

5º) Que, a requerimiento de esta Corte Suprema, la entonces presidente del CEPARE informó, el 13 de julio de 2007, que el expediente estaba a esa fecha “...en etapa de análisis de los antecedentes y pruebas adjuntadas” (fs. 1172 y 1179).

6º) Que, el 17 de julio de 2007, el Tribunal decidió que correspondía suspender el trámite de los recursos de apelación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y por el país requirente hasta tanto mediara decisión firme en punto al pedido de refugio solicitado por Galvarino Sergio Apablaza Guerra (fs. 1173/1174).

7º) Que el 5 de junio de 2009 el presidente alterno de ese mismo Comité informó que la solicitud estaba “en trámite ante la Secretaría Técnica”, sin que se hubiera adoptado resolución (fs. 1191).

8º) Que mediante oficio de fecha 21 de diciembre de 2009 el mismo funcionario y actual presidente de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE, ex CEPARE), doctor Federico L. Agusti, hizo saber que la solicitud de refugio “...se encuentra aún en este órgano técnico, pendiente de resolución por parte de la CONARE, haciéndose saber que se pondrá en conocimiento inmediato de ese Tribunal tan pronto la COMISION adopte una decisión al respecto”.

9º) Que lo expuesto en los considerandos 5º, 7º y 8º, impide al Tribunal conocer el estado de avance del procedimiento de refugio con miras a vislumbrar la fecha en que será resuelto.

10) Que, en tales condiciones, el mantenimiento de la suspensión dispuesta a fs. 1173/1174, más allá del plazo ya transcurrido y a la

espera de la resolución firme que se adopte en un trámite de refugio que a más de 5 (cinco) años de iniciado aún no tiene decisión en primera instancia por parte de la Comisión Nacional para los Refugiados, conduciría, en las circunstancias del caso, a prolongar *sine die* la resolución sobre la extradición.

Ello con riesgo de comprometer severamente los intereses que confluyen en este tipo de procedimientos con grave e injustificado perjuicio del requerido en vulneración de la garantía de la defensa en juicio (*mutatis mutandi* “Priebke” Fallos: 318:373, considerando 11, segundo párrafo) y afectación tanto del interés del Estado requirente en el juzgamiento de todos los delitos que son de su competencia como del interés común de los Estados requerido y requirente en el respeto estricto de las reglas que rigen la extradición entre ellos (doctrina de Fallos: 311:1925, considerando 12).

11) Que, en consecuencia, el Tribunal entiende necesario reanudar el trámite de este recurso ordinario de apelación, lo que así resuelve.

Ello sin perjuicio de que mantenerse incólume, para la etapa de la decisión final a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, la obligación de “*non refoulement*” que consagra el artículo 7º de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado 26.165.

12) Que, sentado ello, en cuanto al fondo, tal como quedó planteado en la instancia de grado, rige en el caso la Convención Interamericana sobre Extradición suscripta en Montevideo en 1933 aprobada por el decreto-ley 1638/58 (aprobado por ley nacional 14.467) que, en lo que constituye materia de agravio, consagra que “El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición:...e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. Nunca se reputará delito político el atentado contra persona del jefe de Estado o de sus familiares” (artículo 3º).

13) Que la apreciación del carácter de esa excepción corresponde exclusivamente al Estado requerido (artículo 4º del mismo tratado).

14) Que cualquiera sea el criterio que se adoptara para definir un delito como político, esta característica de ninguna manera se exhibe en la especie.

15) Que, en efecto, la materialidad de los hechos –homicidio agravado y secuestro extorsivo– una de cuyas víctimas revestía la condición de funcionario del Estado, no permite suponer, *per se*, que se trate de un delito de aquella naturaleza.

Por lo demás, no existe controversia acerca de la gravedad que revisten tales hechos, tal como admitió el *a quo* a fs. 976 vta., teniendo en cuenta, además, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron, según refieren los antecedentes de la causa.

16) Que ello es suficiente para afirmar que hechos de esta naturaleza son ajenos a la tradicional noción de delito político, cuyo trato favorable desde el punto de vista de la extradición se funda en la circunstancia de que esta clase de infracciones lesionan exclusivamente el régimen interno de los gobiernos y encuentran su inspiración en móviles altruistas.

17) Que como el Tribunal también recordó en Fallos: 265:219, el derecho de gentes ha ido progresivamente negando un trato favorable inclusive a aquellas acciones que, aun siendo atentatorias contra el régimen de un gobierno, ello no obstante revisten el carácter de crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común (considerando 12 y sus citas para la definición del delito político propuesta por el Instituto de Derecho Internacional en la sesión de Ginebra de 1892).

18) Que, en lo que concierne a la esfera intencional del requerido es de destacar que Apablaza Guerra, al declarar en oportunidad de llevarse a cabo el juicio, no formuló la más remota alusión de que hubiera obrado bajo la influencia de una motivación política (fs. 860 vta./861). Fundamentación, la precedente, suficiente para desestimar los argumentos desarrollados por su defensa.

19) Que, en tales condiciones, deviene inoficioso entrar en las demás consideraciones planteadas por las partes en cuanto a la naturaleza de los delitos imputados desde que cualquiera sea el carácter que se les atribuya quedan excluidos de la cláusula de excepción que consagra el artículo 3º, inciso c de la Convención Interamericana sobre Extradición suscripta en Montevideo en 1933.

20) Que respecto de los demás óbices en que el *a quo* fundó la improcedencia del pedido cabe señalar que el tratado aplicable exige que la solicitud de extradición se acompañe con “una copia auténtica de la orden de detención, emanada del juez competente” (artículo 5.b.) y que, en ese marco normativo, cumplen con el recaudo señalado las piezas acompañadas mediante las cuales se dispuso la detención de Apablaza Guerra (*mutatis mutandi* doctrina de Fallos: 320:1257, considerando 3º y sus citas en referencia al artículo 30, inciso 1º del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 que exige, en lo que aquí concierne, “...copia legalizada... del auto de detención”).

21) Que por último y respecto de los reparos fundados en que la imputación está dirigida a Apablaza Guerra como “autor mediato o intelectual” cabe señalar que los términos del planteo remiten al examen de cuestiones que conciernen al fondo del proceso extranjero y que han de dilucidarse en esa sede ya que el trámite de extradición no constituye un juicio en sentido propio pues no involucra en el régimen legal y convencional aplicable el conocimiento del proceso en el fondo, ni decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido en los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 311:1925 citado en Fallos: 324:1557 entre los más recientes).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación el Tribunal resuelve: 1º) reanudar el trámite suspendido a fs. 1173/1174 y 2º) hacer lugar a los recursos de apelación ordinaria interpuestos en autos, revocar la resolución apelada y declarar procedente la extradición de Galvarino Sergio Apablaza Guerra solicitada por la República de Chile con la salvedad indicada en el párrafo segundo del considerando 11.

Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al juez de la causa para que dé cumplimiento a lo aquí resuelto.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recursos ordinarios de apelación interpuestos los **el Ministerio Público Fiscal y la República de Chile (apoderados: Dr. Gustavo Enrique Gené, patrocinado por los Dres. Raúl Carlos Munrabá y Maximiliano Vacalluzzo)**.
Tribunal interviniente: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11.**

HECTOR JOSE BOO

MATRIMONIO.

El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 no impone la obligación internacional de desconocer validez al matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen, sino que deja librado al orden público internacional del estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación.

–Del precedente “Solá” (Fallos: 319:2779), al que remitió la Corte Suprema–.

MATRIMONIO.

En virtud de la modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina por la ley 23.515 y del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen y que es invocado en virtud de los derechos sucesorios de la cónyuge supérstite.

–Del precedente “Solá” (Fallos: 319:2779), al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, revocó el fallo dictado en la instancia anterior, arguyendo en lo sustancial que –al establecer la irretroactividad de la sentencia de divorcio vincular obtenida por la recurrente en 1994–, la Cámara había prescindido arbitrariamente del criterio sentado *in re* “Solá” (Fallos: 319:2779). A consecuencia de ello, la Corte local tuvo por reconocida la calidad de cónyuge supérstite de la Sra. Helena Beatriz Santa Coloma, en función del matrimonio celebrado en la República de Paraguay (v. fs. 693/695 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

Disconforme, la Sra. María Elisa Codermatz de Cúneo –heredera testamentaria declarada en autos–, dedujo la revocatoria *in extremis* de fs. 697/699, invocando la existencia de un grueso error en la sentencia.

Según su postura, el yerro consistió en considerar similares los hechos del caso “Solá”, sin tener en cuenta que –aunque la Sra. Santa Coloma se declaró soltera–, cuando contrajo nupcias con el causante no se encontraba divorciada de su anterior cónyuge, ni aún en los términos de la ley 2393; con lo cual, resultaría ser bigama y de mala fe.

Al pronunciarse sobre dicho planteo, el tribunal volvió sobre su anterior pronunciamiento, para dejarlo sin efecto. En esta oportunidad, dio razón a la recurrente en cuanto a que la plataforma fáctica del *leading case* antes citado, no coincidiría con las circunstancias de autos. Entendió que, al no haberse operado siquiera una previa separación personal de la contrayente, ya no se trataba –como en el supuesto resuelto por V. E.– de la indisolubilidad del matrimonio en vida de los cónyuges, sino de un problema de bigamia, que –a diferencia de la temática concerniente al divorcio vincular–, sigue integrando el orden público internacional argentino (v. fs. 742/743).

– II –

Frente a este último fallo, la Sra. Santa Coloma interpone la apelación federal de fs. 768/781 (v. asimismo fs. 802/809); y, ante su rechazo, deduce la presente queja (v. fs. 832).

Sostiene principalmente que el orden público es variable, por lo cual debe valorarse en la ocasión en la que se establecen sus efectos y no al tiempo en el que sucedieron los hechos. Pone de resalto que, en el momento de suscitarse la cuestión, ya no existía impedimento de ligamen. Con ello, repone, lo decidido en base a situaciones anteriores a la sanción de la ley 23.515, es lesivo e inactual; al par de configurar un alzamiento contra la doctrina sentada por esa Corte a partir del mentado caso “Solá”, que se profundizó *in re* “Zapata” y “Ulloa”.

Manifiesta que no existen diferencias fácticas con el primero de dichos precedentes, pues –se cuente o no con un decreto, en los términos del art. 67 bis de la ley 2393–, en los dos casos existe un matrimonio celebrado en Paraguay, mediando impedimento de ligamen. A su juicio, ambos litigios coinciden también porque finalmente se obtuvo el divorcio vincular, sin que ninguno de los interesados hubiese planteado en vida la nulidad del acto, quedando firmes los respectivos matrimonios.

Expresa que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 239 del Cód. Civil –cuya inconstitucionalidad, invocada tangencialmente, nunca se resolvió y fue abandonada por su contraria–, ésta carecía de legitimación para peticionar como lo hizo, desde que no es ascendiente o descendiente del difunto. Luego reiterará que el fallo se aparta de dicho precepto, a cuyo amparo –muerto el otro contrayente, sin haber articulado la nulidad–, el matrimonio se habría consolidado definitivamente.

Indica que el procedimiento seguido es absolutamente irregular y lesiona claramente las reglas del debido proceso, toda vez que no hubo juicio ordinario, ni siquiera incidente, ni litis trabada, incorporándose prueba no ofrecida por las partes. Repone que si la partida de matrimonio ha de caer, sólo puede hacerlo mediante sentencia dictada en un trámite ordinario, sustanciado adecuadamente y promovido por persona legitimada.

Alega que se ha tergiversado el recurso de reposición *in extremis*, en tanto se revocó una sentencia, a partir de un distingo que antes se había tenido por inexistente, y cuando había fenecido la jurisdicción del Tribunal para modificar lo esencial de la decisión. De ese modo, reprocha, se ha otorgado a dicho mecanismo un alcance que no le dan ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, sacudiendo dramáticamente la seguridad jurídica y violentando groseramente las reglas del debido proceso.

– III –

Ante todo, con respecto a la admisibilidad de la apelación, he de señalar que –al desconocer la eficacia del matrimonio extranjero– la decisión impugnada debe equipararse a sentencia definitiva, desde que implica excluir a la peticionante de sus eventuales derechos en el sucesorio, sin posibilidad de revisión ulterior (Fallos: 323:1669 consid. 3°).

El recurso también resulta formalmente procedente, puesto que la situación jurídica planteada conduce a la interpretación del Tratado de Montevideo de 1940, suscitando cuestión federal de trascendencia a los efectos de la habilitación de esta vía (arg. art. 14 inc. 3° de la ley 48 y art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; doct. de Fallos: 315:1848; 318:2639, entre otros).

En ese orden, atento a que –juntamente con las alegaciones de carácter federal– se han introducido otras relativas a la arbitrariedad del pronunciamiento, corresponde tratar a estas últimas en primer lugar pues, de prosperar, la sentencia quedaría descalificada como acto jurisdiccional (Fallos: 323:35; 1669 consid. 4°).

– IV –

Como surge de la reseña desarrollada en el punto II, la quejosa ataca la regularidad de las actuaciones desde sus inicios.

No obstante, y más allá de los múltiples defectos que se observan en la sustanciación del trámite, entiendo que –al borde de cumplirse una década–, ambas partes han tenido ocasión de formular todas las defensas y plantear los puntos que estimaron apropiados para una adecuada resolución del conflicto.

Es cierto que la ausencia de notificación por cédula del auto de fs. 347 representa una seria omisión. Empero, en mi parecer, la mera lectura de la causa demuestra la posibilidad con que han contado las contendientes, de invocar sus posiciones y defensas con holgura. En ese mismo carril, no parece existir ninguna ofensa en materia probatoria, desde que la Sra. Santa Coloma sólo dio cuenta del expediente de divorcio por presentación conjunta que menciona a fs. 565 vta. y 593 (v. fs. 661 vta./662), y que los jueces tuvieron a la vista. Por el contrario, no ha dicho –a pesar del tiempo transcurrido– qué otros elementos de juicio tenía para proponer en favor de su postura.

Por ende, creo que la anomalía estructural indicada en este punto, no ha obstado al ejercicio del derecho de defensa, propósito último de las formas rituales (arg. *a contrario* Fallos: 328:2035, 3740 y 3863, entre otros).

– V –

Otra es, según entiendo, la valoración que merecen las proyecciones que el superior tribunal de la causa confirmó al recurso *in extremis* articulado por la heredera testamentaria, mecanismo éste consagrado por el art. 241 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes (t.o. ley 5745).

Como se advierte inmediatamente, estamos ante una vicisitud de carácter adjetivo que, en principio, escapa de la esfera revisora de V.E.. En esa línea, ha de recordarse que las resoluciones de las Cortes provinciales que –como la que aquí se impugna– desestiman recursos a nivel local, escapan en principio al control propio de este remedio, máxime en lo que concierne a los componentes de naturaleza netamente procesal (arg. Fallos: 317:194; 320:1217; 325:798, 1486; 326:750, 1893; 327:370, entre muchos otros). Los estándares de evaluación son, pues, restrictivos del acceso a la instancia federal (arg. Fallos: 307:1100; 313:493; 326:621); salvo que se dé una manifiesta arbitrariedad o una limitación impropia del derecho de defensa (arg. Fallos: 315:2364; 317:116; 327:608).

Precisamente, esta última es la situación que se configura en el caso, que juzgo particularmente delicada, desde que impacta centralmente en la garantía del debido proceso, de manera tal que, a mi entender, reclama la intervención excepcional de V.E..

Me refiero a que –al dejar sin efecto la sentencia de mérito dictada a fs. 693/695–, lejos de remover un grosero error de carácter evidente, el Superior Tribunal correntino alteró el encuadre jurídico sustancial en el que había sustentado su anterior decisión, mientras se encontraba en curso la apelación federal articulada por la vencida.

A mi modo de ver, esa actuación excede el margen de discrecionalidad propio de los jueces, en grado tan marcado, que autoriza a tenerla por arbitraria. En este sentido, hasta los autores que promueven el mentado mecanismo con mayor ahínco, recalcan que –como lo sugiere su denominación misma–, la reposición *in extremis* configura un remedio heroico, sujeto –por lo mismo– a interpretación restrictiva y aplicación subsidiaria. Quiere decir, entonces, que al ingresar en la reconsideración del esquema conceptual seguido en la sentencia N° 172, y frente a la pertinencia de una vía correctiva concreta (que, de hecho, la interesada ya había activado), el proceder jurisdiccional ha desvirtuado abiertamente el medio provisto por la ley, en serio detrimento del derecho de defensa en juicio de la Sra. Santa Coloma.

– VI –

Por lo tanto, es mi opinión que V. E. debe hacer lugar a la presente queja, conceder el recurso extraordinario y dejar sin efecto la senten-

cia apelada. Buenos Aires, 14 de octubre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Helena Beatriz Santa Coloma en la causa Boo, Héctor José s/ sucesión testamentaria”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en la causa “Solá, Jorge Vicente s/ sucesión ab intestato” (Fallos: 319:2779) y “Ulloa, Alberto s/ sucesión” (Fallos: 330:1572), cuyos fundamentos corresponde dar por reproducidos por razón de brevedad.

Que, por otra parte, las diferencias en la plataforma fáctica destacadas por el *a quo* no justifican una solución distinta para la presente causa, toda vez que en todos los supuestos examinados habría mediado un impedimento de ligamen y dicha circunstancia ha perdido relevancia a partir de la disolubilidad del matrimonio civil argentino. En virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero en tales condiciones (cf. Fallos: 319:2779, considerando 9°).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve haber lugar a la presente queja, declarar admisible el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por: **Helena Beatriz Santa Coloma**, representada por el **Dr. Nasif Miguel Seba** y patrocinada por el **Dr. Carlos A. López Rosende**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Corrientes y Juzgado Civil n° 5 de Corrientes**.

EPIFANIO ROQUE MACHADO

EXCESIVO RIGOR FORMAL.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que desestimó el recurso de inaplicabilidad de ley con fundamento en que no se había efectuado el depósito que exige el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones y en que la persona que se presentó a reclamar la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo no se encontraba entre quienes la ley procesal local consideraba exenta de dicha obligación ya que la peticionante pretendía acreditar su carácter de concubina y ni siquiera tuvo la oportunidad de que se la tuviera por presentada a fin de ser oída, y sus reiterados intentos se vieron frustrados con distintas reglas rituales que bien pudieron ser subsanados, inclusive mediante el ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 36, inc. 2.c, del ordenamiento procesal local (ley N° 2335), a fin de esclarecer la verdad de los hechos.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

—Los Dres. Lorenzetti y Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones desestimó el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la actora con fundamento en que no se efectuó el depósito que exige el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial local y en que la persona que se presentó a reclamar, la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley

de Contrato de Trabajo, no se encuentra entre quienes la ley procesal local considera exenta de dicha obligación.

Para así decidir, el *a quo* señaló que aun cuando la suma, objeto de reclamo, depositada en el sucesorio sea de naturaleza laboral-previsional, como sostiene el apelante, esa circunstancia no otorga el beneficio de la gratuidad del que se dice gozar. Entendió que ese beneficio está reservado por la ley exclusivamente a quienes menciona la norma procesal citada y la naturaleza u origen del crédito reclamado no convierte a quienes debaten sobre él en beneficiarios de litigar sin gastos y ni siquiera hace presumir la carencia de recursos.

– II –

Contra dicha sentencia, la actora dedujo recurso extraordinario que fue denegado por el Superior Tribunal local, dando origen a la queja en examen (v. fs. 56/69, fs. 72/74 y fs. 22/26, respectivamente).

– III –

Si bien, en principio, lo decidido conduce al examen de cuestiones de derecho público local, ajenas como regla general a la instancia del art. 14 de la ley 48, en virtud del debido respeto a las facultades de las provincias para darse sus propias instituciones y regirse por ellas (art. 5º, Constitución Nacional), opino que, en el *sub lite*, existe cuestión federal bastante para apartarse de tal principio, porque la resolución que es objeto del remedio extraordinario ha incurrido, a mi juicio, en un injustificado rigor formal que atenta contra la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Carta Magna (Fallos: 312:767; 314:1661; 315:2690; 325:1243 y sus citas, entre muchos).

En efecto, la recurrente se presentó, invocando su derecho al cobro de la indemnización prevista por el art. 248 de la LCT, en su carácter de concubina situación que pretendía acreditar con un expediente en trámite ante otra jurisdicción al que se solicitaba se libre oficio (v. fs. 1 y 3). El juez de grado no atendió el planteo porque no se demostraba el carácter invocado, sin hacerse cargo del pedido de libramiento de oficio al juzgado donde tramitaba dicha causa (v. fs. 2). Ante ello, la peticionante aclara su situación y reitera el pedido sin obtener respuesta. En cambio, se le responde con remisión al proveído anterior (v. fs. 4). Aquélla insiste solicitando revocatoria y apelación en subsidio y hace reserva de caso federal por violación de derecho de defensa en

juicio y de propiedad. La respuesta al planteo por parte del juzgador se limitó a puntualizar que no se había cumplido con el requerimiento y se desglosa el escrito mencionado (v. fs. 8). Tal decisión motivó la presentación directa ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial local, Tribunal que sin atender a las cuestiones planteadas rechaza la queja porque la presentante no se encontraba legitimada para apelar, por no ser parte en el proceso al no haber acreditado la calidad de concubina (v. fs. 28vta.).

El Superior Tribunal local declaró inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de ley porque no se efectuó el depósito previo exigido por la ley del rito, sin excepción para la peticionante, a pesar de la norma nacional que reconoce el beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la Ley de Contrato de Trabajo, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo al trabajador o sus derechohabientes (art. 20 de la ley N° 20.744). El beneficio alcanza al trabajador, a sus derechohabientes, a la concubina o conviviente en las condiciones del art. 248 de la LCT, extendiéndose a los procedimientos judiciales de cualquier tipo. La decisión hace hincapié en que: “...la naturaleza u origen del depósito aludido no convierte a quienes debaten sobre la suma depositada en beneficiarios de litigar sin gastos y ni siquiera hace presumir la carencia de recursos...” (v. fs. 48vta. *in fine*), sin hacerse cargo del citado artículo 20 de la LCT, norma que según la doctrina, en este tipo de asuntos, establece la gratuidad en el proceso como uno de los pilares del derecho del trabajo. Mediante una forma razonable, encaminada a hacer más real y efectiva la defensa en juicio (v. Morello, Augusto Mario, “Fundamento procesal del beneficio de pobreza a favor del trabajador”, JA, Doctrina 1975-669, entre otra doctrina calificada), se corrige el desnivel económico para afrontar un litigio con la declaración *ministerio legis* del beneficio de pobreza, pues, como puntualizó V.E. si el Estado no facilitara el acceso al proceso a quienes no pueden soportar su costo, comprometería la defensa en juicio que garantiza la Constitución nacional (Fallos: 290:322, considerando 4° y Fallos: 298:778).

Sin perjuicio de la falta de fundamento sobre el punto señalado en el párrafo anterior, cabe destacar que la afectación de la defensa en juicio se ve seriamente comprometida en el caso, pues el *a quo* no se pronunció sobre la presentación de quien invocaba un derecho de naturaleza alimentaria; la vía porque la peticionante pretendía acreditar su carácter de concubina; sobre la idoneidad de la prueba que había propuesto como cuestión previa y que resultaba indispensable

para resolver la cuestión vinculada con la calidad con que se presentó la quejosa en el trámite sucesorio y si correspondía tenerla, o no, por parte. Todo ello quedó sin resolver a pesar que la recurrente mantuvo ante el Superior Tribunal local que en el caso se estaba violando la garantía de defensa y el derecho de propiedad por habérsela excluido del proceso con abierta privación de justicia al impedirle el acceso a la jurisdicción (v. fs. 34/43).

Ahora bien, llegada a la instancia que tenía la última palabra a fin de realizar el acceso a la justicia de quien invoca un derecho legalmente previsto en el art. 248 de la LCT, ni siquiera tuvo la oportunidad de que se la tuviera por presentada a fin de ser oída, y sus reiterados intentos se vieron frustrados con distintas reglas rituales que bien pudieron ser subsanados, inclusive mediante el ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 36 inciso 2.c, del ordenamiento procesal local (ley N° 2335), a fin esclarecer la verdad de los hechos.

Desde esa perspectiva, se muestra excesiva la exigencia pues debió tratarse el planteo con el objeto de evitar un agravio mayor cual es el de privar del acceso a las vías procedimentales al justiciable. Ello en el marco de una apropiada y razonable tutela judicial, dado que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, ya que no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte (v. doctrina de Fallos: 238:550; 301:725).

En mi opinión, las razones expuestas resultan suficientes para que el fallo en recurso sea dejado sin efecto y se de tratamiento a las circunstancias de hecho y de derecho planteadas, sin que importe abrir juicio alguno, en este estado, sobre cómo deberá dirimirse, en su aspecto sustancial, la cuestión debatida desde que ello implicaría inmiscuirse en una potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la jurisdicción federal del artículo 14 de la ley 48.

– IV –

Por ello, y con el alcance indicado corresponde hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada y restituir la causa al tribunal de origen, a fin que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Buenos Aires, 4 de Noviembre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Rosa Stirmer en la causa Machado, Epifanio Roque s/ sucesión intestada”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios de la apelante han sido objeto de examen adecuado en los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, que el tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad, lo que hace injustificado requerir el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima esta presentación directa. Intímase a la parte recurrente a que dentro del quinto día efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y previa devolución de los autos principales, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Rosa Stirmer**, con el patrocinio del **Dr. Juan Carlos Hereter**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Civil y Comercial N° 7 y Sala III de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Primera Circunscripción Judicial de Misiones**.

EDUARDO EMILIO SOSA c/ PROVINCIA DE SANTA CRUZ

EJECUCION DE SENTENCIA.

Si el Gobernador de la Provincia de Santa Cruz no cumplió con el mandato que la Corte le impuso en un pronunciamiento anterior de disponer la reincorporación del Agente Fiscal ante el superior tribunal provincial sino que dictó un decreto por el cual requirió a la legislatura el desdoblamiento del cargo en dos similares, procede hacer efectivo el apercibimiento y dar intervención a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para que, por quien corresponda, se investigue la posible comisión de un delito de acción pública.

DIVISION DE LOS PODERES.

El incumplimiento por parte de la Provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación imponiendo la restitución del Agente Fiscal ante el superior tribunal provincial, constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (arts. 5, 116 y 117 de la Constitución Nacional), a la par que afecta la relación de subordinación propia del federalismo al que deben sujetarse todas las provincias argentinas cuando reciben un mandato del poder federal de la República, por lo que corresponde poner en conocimiento del Congreso de la Nación el pronunciamiento del Tribunal a los fines de que adopte las medidas que considere pertinentes respecto de la situación informada.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Por sentencia del 2 de octubre de 2001, la Corte Suprema revocó parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, por considerar que ésta desconocía una decisión anterior que V.E. había dictado en esta causa (Fallos: 324:3322).

Asimismo, en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48, V.E. completó el pronunciamiento impugnado y dispuso la reposición del demandante, doctor Eduardo Emilio Sosa, en el cargo de Procurador General de la Corte local, con las funciones que ejercía antes de la sanción de la ley provincial 2404. En consecuencia, al hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario que había planteado el actor, condenó a la demandada a restituirlo en el cargo mencionado.

– II –

Devueltas las actuaciones a la sede de origen, el actor inició un proceso de ejecución en el que solicitó su restitución al cargo y la Fiscalía de Estado provincial se opuso a ello, alegando que acceder a esa petición configuraría una grave afectación del orden público en lo que se refiere a la división de poderes, en concreto porque el mecanismo de designación de magistrados requiere de la intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo; en que existe un impedimento legal para cumplir la sentencia, cual es que la ley local 2404 no fue declarada inconstitucional en cuanto a la validez y subsistencia de los cargos de Agente Fiscal y Defensor de Pobres, Ausentes e Incapaces del tribunal local y porque, de admitirse la reposición que pretende el actor, se vería afectada la organización del Poder Judicial consagrada en la ley 1, texto conforme a la ley 1600 y sus modificaciones. Asimismo, solicitó que se sustituya la sentencia de ejecución por una indemnización que compensara los perjuicios del doctor Sosa, con fundamento en los arts. 99 y 100 de la ley local 2600 (fs. 8/11 y 29/35, respectivamente, del expediente N° S-413/02, del registro del tribunal provincial).

Por resolución del 21 de abril de 2005, el Tribunal Superior de Justicia local, por mayoría, dispuso hacer lugar al pedido de sustitución de ejecución de sentencia propuesto por la Fiscalía de Estado y fijó una indemnización por los daños y perjuicios a favor del actor, comprensiva de todos los reclamos que éste formuló, por la suma de \$ 1.216.182,16, que ordenó abonar en el plazo que también estableció (v. fs. 135/151 del expediente recién citado).

Disconforme con esta decisión, el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja que trae nuevamente el asunto a conocimiento del Tribunal.

Sostiene, en sustancial síntesis, que la sentencia impugnada configura una cuestión federal compleja directa, en tanto subsiste la aplicación y eficacia del art. 9º de la ley local 2404, pese a que se argumentó en varias oportunidades durante la sustanciación de la causa que tal situación no se compadece con los preceptos de la Constitución Nacional.

Asimismo, señala que, al dictar la resolución que ahora se cuestiona, el Tribunal Superior de Justicia provincial no acató lo resuelto por la Corte Suprema en las sentencias del 30 de junio de 1998, 11 de abril de 2000 y muy especialmente en la del 2 de octubre de 2001, y desconoció abiertamente el preciso mandato que surge de ellas, que no es otro que su reposición en el cargo de Procurador General ante el tribunal provincial.

También imputa arbitrariedad a la decisión, por estimar que contiene gruesos y graves errores de razonamiento. Afirma que el caso reviste gravedad institucional y solicita que V.E. adopte las medidas conducentes para hacer efectiva su reposición en el cargo.

Surge del trámite de la queja que numerosas instituciones hicieron presentaciones en carácter de *amici curiae*, así como que luego de distintas incidencias, se decidió conferir vista a este Ministerio Público.

– III –

Ante todo, cabe señalar que, con arreglo a lo previsto en el art. 14 de la ley 48, siempre que esté en tela de juicio la inteligencia de un

pronunciamiento del Tribunal dictado en la misma causa, en que el recurrente funda el derecho que estima asistirle, se configura una hipótesis que hace formalmente viable el recurso extraordinario (doctrina de Fallos: 306:1195; 312:396; 324:3411; entre muchos otros), tal como sucede en el *sub discussio*. Aunque la procedencia sustancial de dicho recurso está supeditada a que la resolución impugnada consagre un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por la Corte (Fallos: 321:2114; 323:3068 y sus citas; 325:3389).

Con tal comprensión, cabe poner de resalto que son los integrantes de la Corte los que se encuentran en mejores condiciones para desenrañar el alcance de sus propios fallos, especialmente en situaciones como la de autos, donde la Procuración General no intervino en forma previa al dictado de la sentencia publicada en Fallos: 324:3322, ni en ninguna de las numerosas oportunidades en que la causa llegó a conocimiento del Tribunal antes de ese pronunciamiento (conf. dictámenes del Ministerio Público en los casos de Fallos: 324:3411; 325:2835; 327:4994, entre otras).

En tales términos, doy por contestada la vista que se confiere a este Ministerio Público y devuelvo los autos al Tribunal. Buenos Aires, 27 de julio de 2009. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que esta Corte, el 20 de octubre de 2009, al revocar el pronunciamiento dictado a fs. 135/151 por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, impuso al Gobernador de la provincia la carga de reponer a Eduardo Emilio Sosa en el cargo de Agente Fiscal ante dicho tribunal dentro de los treinta días de notificado, bajo apercibimiento de dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública.

2º) Que mediante pronunciamiento del 10 de noviembre de 2009, este Tribunal rechazó los recursos de aclaratoria presentados por Daniel Román Peralta en su carácter de Gobernador y por el Fiscal de Estado de la provincia —en representación de ésta—, y el incidente de nulidad planteado por el doctor Claudio Roberto Espinosa en su condición de Agente Fiscal. Asimismo, le otorgó al gobernador un nuevo plazo de treinta días para que cumpla con lo ordenado el 20 de octubre de 2009 bajo el mismo apercibimiento.

3º) Que, no obstante, el Gobernador dictó el decreto 3026, del 21 de diciembre de 2009, por el cual requirió a la legislatura provincial el desdoblamiento del cargo de Agente Fiscal en dos cargos similares, uno con competencia en material civil, comercial y laboral, y el otro con competencia en materia contencioso administrativa, superintendencia, electoral, criminal, correccional, de menores y de minería; y solicitó que se prestara acuerdo para la designación de Sosa en el primero de los cargos mencionados. El Gobernador, en el mismo decreto, declaró que con ello daba por acatado el fallo del 20 de octubre. Por su parte, el Fiscal de Estado en el escrito de fs. 878/878 vta. solicitó al Tribunal que dé por cumplida la sentencia.

4º) Que el Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, Daniel Román Peralta, no ha cumplido con el mandato que esta Corte le impuso el 20 de octubre de 2009 y le reiteró el 10 de noviembre siguiente.

5º) Que, en las condiciones expuestas, procede hacer efectivo el apercibimiento y dar intervención a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para que, por quien corresponda, se investigue la posible comisión de un delito de acción pública.

6º) Que, por otro lado, en el pronunciamiento del 20 de octubre de 2009 el Tribunal puso de relieve la persistente y reiterada reticencia de las autoridades provinciales para disponer la reincorporación de Eduardo Emilio Sosa (ver considerando 18). A la fecha, y no obstante el tiempo transcurrido, la situación de incumplimiento se mantiene, por lo que la omisión en que han incurrido las autoridades provinciales configura un desconocimiento inadmisibles de sentencias de esta Corte.

7º) Que corresponde al Congreso Nacional asegurar, proteger y vigilar la integridad, la autonomía y la subsistencia de las provincias,

dentro de la unidad coherente del estado federal al que pertenecen (artículo 5 y 75 inciso 31).

En este sentido, el incumplimiento por parte de la Provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (artículos 5, 116 y 117 de la Constitución Nacional), a la par que afecta la relación de subordinación propia del federalismo al que deben sujetarse todas las provincias argentinas cuando reciben un mandato del poder federal de la República (Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución Reformada, EDIAR, 1998, Tomo I, p. 462).

La Constitución Nacional autoriza al Congreso de la Nación a garantizar la forma republicana de gobierno (artículos 6° y 75 inciso 31), que se vería privada de la base misma que la sustenta si se ignorasen las atribuciones que el texto constitucional reconoce a esta Corte para la resolución de controversias con carácter final, quedando desquiciadas las funciones estatales, con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales.

En virtud de lo expuesto, corresponde poner en conocimiento del Congreso de la Nación el presente pronunciamiento a los fines de que adopte las medidas que considere pertinentes respecto de la situación informada.

Por ello, se resuelve: 1) Hacer efectivo el apercibimiento dispuesto en autos y, en consecuencia, remitir copia certificada de las piezas pertinentes a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para que, por quien corresponda, se investigue la posible comisión de un delito de acción pública; 2) Comunicar esta sentencia al Congreso de la Nación mediante oficios dirigidos a los señores Presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados. Notifíquese y cúmplase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

M. N. V. c/ W. F. S.

MENORES.

Corresponde revocar la sentencia apelada y, en uso de las facultades del art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, autorizar la salida del país y radicación en territorio español del menor si, más allá del buen desempeño paterno y sus claros esfuerzos realizados en su cuidado, se trata de un preadolescente que últimamente vivió con su madre durante períodos relativamente extensos, experiencia de la que no hay noticias negativas y que desea profundizar, y esa intención coincide con el nutrido consejo profesional allegado a la causa, sin perjuicio ello de que se busquen mecanismos para asegurar la regularidad del contacto con el padre y de la escolaridad.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por su Sala L, revocó la resolución del juez de grado que, en lo sustancial, había autorizado al niño D.S.V. a salir del territorio de la República Argentina con destino a España, para vivir allí junto a M.N.V. (v. fs. 545/550 y 689/690 del expediente principal, a cuya foliatura me he de referir en adelante, salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, apuntó que en el juicio de divorcio se convino deferir a la madre la tenencia del único hijo, nacido el 2 de diciembre 1997. Al año siguiente, la Sra. V. renunció a su empleo en pos de una mejor remuneración en España, iniciando en el mes de diciembre de 2001 el incidente tendiente a la radicación de D.S.V. en aquel país.

La Sala hizo mérito de declaraciones testimoniales según las cuales, durante todo este tiempo, el padre le ha brindado al niño excelentes cuidados, prodigándole todo su afecto. Lo mismo se desprende –prosiguió– del informe pericial obrante a fs. 585/586, cuya indudable fuerza probatoria debe reconocerse como lo marcan la ley adjetiva y la jurisprudencia.

Observó que a fs. 491/494 el Cuerpo Médico Forense había constatado que la dinámica relacional es más favorable respecto de la madre, pero a renglón seguido los expertos evaluaron que ambas partes tienen capacidad suficiente para desempeñar el rol parental.

Entendió que no existen elementos de entidad que tornen viable un cambio de tenencia, porque éste no puede justificarse en la conveniencia de un mayor contacto del hijo con el progenitor no conviviente, ya que ese propósito puede lograrse a través de la amplitud del régimen de visitas.

Destacó que en este caso, el niño ha estado durante la mayor parte de su vida al cuidado del padre, sin que pueda inferirse de las constancias del expediente, que el Sr. S. no esté en condiciones de continuar con esa tarea, que realizó durante varios años.

Se hizo eco del criterio según el cual, para impedir que uno de los padres continúe con la custodia, deben probarse causas graves, e indicó que en la jurisprudencia priva la idea que la tenencia debe otorgarse, en principio, a aquél con el cual se encuentra el hijo, manteniéndose el *statu-quo*.

Transcribió consideraciones efectuadas por los tribunales marplatenses, en cuanto a la relevancia de la estabilidad en el desarrollo emocional de la prole, y a la conveniencia que el niño –desde la perspectiva de su interés superior– no sufra cambios que lo alejarán no sólo de su padre, sino de su entorno afectivo más cercano, su familia amplia, su barrio, su colegio, sus amigos, su ciudad y su país, aspectos que consideró de importancia crucial en esta etapa de la vida.

– II –

Contra este pronunciamiento, la actora interpone el recurso extraordinario de fs. 748/752, cuya denegatoria de fs. 778, motiva la presenta queja.

Tacha de arbitraria a la sentencia reprochando, en primer lugar, que se ha tergiversado la opinión del Cuerpo Médico Forense, toda vez que el juicio positivo en cuanto al correcto desempeño de la función paterna, antecede a la conclusión final emitida en el sentido de que es más favorable la relación con la actora. Entonces, afirma, de ningún modo

puede pensarse que D. estará mejor con el padre sino que, a la inversa, los expertos dicen claramente que estará mejor con su madre.

Sostiene que la Sala omitió considerar las valiosas declaraciones rendidas por sus empleadores argentinos, de las que resultan –entre otras cosas– el grado de dedicación, el tipo de relación que la unía a su hijo, el incumplimiento alimentario del demandado y el objetivo que la movió a viajar a España (proporcionar a D. una vida mejor). También ignoró el testimonio del Sr. Sus, que se expidió en igual sentido, agregando que sólo ella pagó y canceló deudas comunes a la pareja (alquiler y cuotas bancarias).

Se agravia porque tampoco se tuvo en cuenta el informe psicosocial de fs. 664/665, en tanto se inclina por el vínculo que ofrece la madre, calificándolo como más favorable para el D.S.V..

Destaca que la Defensoría de Menores, con base en la mencionada pericia, dictaminó en el sentido de que, teniendo en mira lo mejor para el niño en razón de su corta edad, resulta beneficioso que conviva con su madre, con quien mantiene muy buena relación afectiva y es quien ejerce legalmente la tenencia por acuerdo de partes; consejo éste que fue desconocido.

Aduce que, a diferencia de la sentencia de primera instancia –que contiene un exhaustivo examen de la prueba, confrontándola en su integridad–, la Alzada no desarrolló justificación alguna que sustente su posición contraria, ni se ocupó de cuestionar en forma motivada los fundamentos del juez de grado.

Añade que los argumentos relativos a la inconveniencia del cambio de hábitat, no resultan atendibles frente a las conclusiones técnicas y los testimonios obrantes en autos. Resta trascendencia a los vínculos referidos por la Sala, ya que la corta edad del niño impediría tenerlos por consolidados.

Finalmente, asevera que no se ha satisfecho el interés superior de D., contraviniendo así a la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 3 y 9 (inc. 3º).

– III –

En cuanto a la procedencia formal del recurso, debo advertir ante todo que, si bien la resolución impugnada no hace cosa juzgada ma-

terial, sin duda es susceptible de ocasionar un agravio de insuficiente o imposible reparación ulterior, por la incidencia indiscutible que el problema en debate tiene en la vida del hijo –menor de edad– de los litigantes (arg. Fallos: 312:1580; 330:3055).

Por otro lado, aunque lo atinente a la custodia de la prole alude a cuestiones de hecho, prueba y derecho común –ajenas, como regla, a la instancia extraordinaria–, cabe habilitar este remedio de excepción cuando lo decidido carece de fundamentos suficientes que le den sustento como acto jurisdiccional (arg. Fallos: 328:2870).

Adelanto desde ya que, en este caso particular, mi convicción es que la sentencia presenta defectos, cuya entidad sustancial reclama la intervención de ese máximo Tribunal.

– IV –

Como es bien sabido, las cuestiones que se suscitan en torno a personas menores de edad deben solventarse en función de su mayor bienestar. En ese orden, tengo dicho que la labor decisoria ha de partir de aquel principio, puesto que el modo de ser propio de este tramo fundacional de la existencia humana (y del conjunto normativo que lo rige), impone que se busque lo más conveniente para los niños y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito.

Asimismo, he sostenido que el superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio –eminentemente práctico– los jueces están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales.

De ello se sigue que la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo, le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica.

También he señalado en otras oportunidades que, si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión

profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares (v. en lo pertinente, dictámenes de Fallos: 331:941 [punto VIII] ; Fallos: 331:2109 [punto IV], y sus citas).

– V –

Pasando ahora a examinar la sentencia, observo en primer lugar que se ha tratado el caso desde la óptica de un cambio de tenencia, sin aclarar en absoluto esa modalidad de abordaje. Estimo que así lo exigían, por un lado, el objeto del proceso (autorización para salir del país); y, por otro, el hecho de que la titularidad de la tenencia definitiva se encuentra aún en cabeza de la madre, aquí actora (v. fs. 7/8 y 32 de los autos “Vicente, Marcela Noemí y Soria, Walter Fernando s/divorcio art. 215 Código Civil”, exp. N° 104.139/2000 y alcance de lo decidido a fs. 82 de los autos “Soria, Walter Fernando c/Vicente, Marcela Noemí s/medidas precautorias”, exp. N° 13.031/2002), mientras que es el progenitor demandado quien ha entablado acciones persiguiendo esa modificación, la última de ellas en el expediente –no concluido– caratulado “Soria, Walter Fernando c/Vicente, Marcela Noemí s/tenencia de hijos” (N° 15.267/2006).

Por otra parte, en concordancia con la recurrente, advierto que el *a quo* no se ha ajustado adecuadamente al sentido del dictamen producido a fs. 491/494 por el Cuerpo Médico Forense, que –es cierto– comienza por indicar que ambas partes “...poseen capacidad suficiente para desempeñar su rol de progenitores respecto del menor... el que mantiene con ambos padres, un vínculo fluido y afectuoso”. Empero, al formular la conclusión final, se inclina claramente por atribuir mayor predicamento al lazo materno. “...No obstante esto –asevera la pericia– de la ponderación general se verifica una dinámica más favorable en la relación actual entre el menor y su madre, con un marco general de mayor serenidad y armonía en la comunicación...” (v. fs. 494).

Coincido también con la actora, en que el fallo desconoce el informe conjunto elaborado por el equipo de la Defensoría de Cámara

(fs. 664/665), que vino a reforzar la línea trazada por la oficina pericial de esa Corte. Allí, la asistente social y la psicóloga que examinaron al grupo, expresan rotundamente que "...si bien ambos vínculos parentofiliales son positivos para el niño, el que ofrece su madre resulta más propiciatorio para su crecimiento y desarrollo psicoemocional..." (v. fs. 665 vta.). Por añadidura, la Sala omite estudiar el dictamen de fs. 666/667, de modo que la evaluación del mejor interés del niño que allí se realiza, es desechada *a priori*, sin dar ninguna razón plausible para así hacerlo. En suma, en forma dogmática el *a quo* ha desvirtuado el punto de vista acerca de la conveniencia del niño que brindaron los expertos, en consonancia con su representación promiscua. Y, según lo pienso a la luz de las premisas expuestas en el punto IV, esa irregularidad reviste suficiente gravedad como para descalificar, sin más, a la resolución recurrida.

– VI –

A partir de dicha conclusión –y más allá de que, en este caso, el análisis no puede sino ajustarse a la perspectiva que impone la doctrina de la arbitrariedad–, habida cuenta de las características del conflicto, creo prudente expedirme sobre el fondo de la cuestión (arg. art. 16 de la ley 48).

Con ese propósito y en sintonía con las pautas enunciadas en el punto IV, considero que debemos apoyarnos en las distintas opiniones técnicas vertidas a lo largo del proceso, pues no alcanzo a percibir ningún elemento de juicio que se oponga a sus constataciones, con suficiente peso como para habilitar una decisión que las contraríe.

En el punto anterior, hice referencia a dos de ellas, a las que ahora se agregan las evaluaciones psicológica y ambiental ordenadas por V.E. a pedido de este Ministerio Público, y cuyo contenido –no obstante tratarse de datos allegados con posterioridad a la interposición del recurso extraordinario–, debe computarse (arg. Fallos: 330:5, 240, 640 y 642, entre muchos otros). Máxime que, dada la índole del problema, la resolución no podría encararse en base a factores inactuales.

Desde ese ángulo, tenemos que a fs. 137 de este cuadernillo, el Cuerpo Médico Forense califica positivamente el desempeño paterno, pero –al propio tiempo– da cuenta del fructífero vínculo que D. tiene con

su madre y de su predisposición a vivir con ella, aspiración a la que el demandado no pondría obstáculos. En esa misma dirección, se enrojan las reflexiones que efectúa la perito Asistente Social en su informe de fs. 205/208 (v. as. presentación preliminar de fs. 165/168).

A su vez, ambos dictámenes no hacen sino complementar y reforzar las recomendaciones formuladas en las instancias anteriores en torno a lo que es más provechoso para D (v. informes de fs. 491/494 y fs. 664/665 antes mencionados).

En ese contexto, me parece que la objeción planteada a fs. 217/218 de este legajo (sin contar con las contradicciones que exhibe [v. informe no impugnado de fs. 585 vta. líneas décimo novena y penúltima]), no resulta convincente, sobre todo porque no refuta una circunstancia francamente contundente. Me refiero a que todos los especialistas consultados en autos son contestes, por un lado, en los mayores beneficios que se seguirán para este niño a partir de la convivencia con su madre; y, por el otro, no develan variables salientes, de tipo traumático, en el proyecto propuesto por la actora.

Asimismo, el impugnante no explica cómo –de no ser ciertos, como proclama– el vehemente deseo de su hijo de trasladarse a España para vivir con la Sra. V. y su propia conformidad al respecto, vinieron a quedar documentados no sólo por la pericia social que critica, sino también por el Cuerpo Médico Forense en cuanto constata que si bien “...durante la entrevista se mostró indiferente en cuanto a vivir con uno u otro progenitor, surgen del análisis de las técnicas proyectivas gráficas, marcados elementos que dan cuenta de un deseo recurrente de visitar a su madre...”. Y más adelante agrega:– “[s]e advierte buena predisposición para la convivencia del menor junto con su madre, a lo que su padre... tampoco se opone...” (v. fs. 137 de este cuadernillo).

Finalmente, al desmentir dicha aceptación, el demandado no guarda coherencia con lo que manifestó ante la Cámara, en cuanto a su designio de que D. esté con su madre, siempre que la condición migratoria sea regular; idea que está presente nítida y reiteradamente en el memorial de fs. 604/611, no obstante el intento dilusivo hecho en la entrevista de fs. 649 (v. esp. fs. 605 [último párrafo del recuadro], fs. 609 segundo párrafo, fs. 610 último párrafo, y fs 610 vta. punto “1” del petitorio). Por lo demás, debe repararse en que esa exigencia se habría satisfe-

cho, pues la actora habría obtenido la ciudadanía española, y estaría establecida con su actual esposo en un entorno adecuado (v. fs. 92, 94 y 200/202 de este cuadernillo).

– VII –

Este Ministerio se ha pronunciado enfáticamente en favor del valor estabilidad, en el entendimiento de que es necesario para el desarrollo sano de las personalidades en formación (v. dictamen de Fallos: 331:941 arriba citado). Empero, dicha regla no debe identificarse con la inamovilidad definitiva del *status* existente al tiempo de juzgar pues, en esta materia, ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material. Se orienta, más bien, a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les dé asidero.

Más allá del buen desempeño paterno y claros esfuerzos realizados por el progenitor en el cuidado del niño, en el contexto examinado en los puntos anteriores, lo determinante es, pues, que D. es ya un preadolescente que últimamente vivió con su madre durante períodos relativamente extensos; experiencia ésta –de la que no tenemos noticias negativas–, que desea profundizar. Y esa intención coincide con el nutrido consejo profesional allegado a la causa.

Por ende, creo que debe extenderse la autorización requerida, sin perjuicio de que –al propio tiempo– se busquen mecanismos para asegurar la regularidad del contacto con el padre y de la escolaridad.

– VIII –

En definitiva, dado que –a mi entender– el tenor de lo expuesto hasta aquí me exime de abordar los restantes agravios, aconsejo que se haga lugar a la presente queja, se admita el recurso extraordinario, y se deje sin efecto la sentencia. Sin perjuicio de ello, para el caso de que V. E. –en razón de la naturaleza del asunto y del tiempo transcurrido desde el inicio de la petición (año 2001)– considere prudente hacer uso de la facultad prevista en el art. 16 de la ley 48, opino que puede revocar la sentencia, según lo indicado en los puntos VI y VII, autorizando la salida del país de D.S.V. y su radicación en territorio español. Buenos Aires, 24 de junio de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010.

Vistos los Autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa V. M. N. c/ S., W. F. s/ autorización”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y en uso de las facultades del art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se autoriza la salida del país del menor D.S.V. y su radicación en territorio español. Con costas. Agréguese la queja al principal. Notifíquese, reintégrese el depósito y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **V., M. N.**, representada por la **Dra. Clara Mercedes Botana**.

Tribunal de origen: **Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 85**.

DINO SALAS Y OTROS c/ PROVINCIA DE SALTA Y ESTADO NACIONAL

MEDIO AMBIENTE.

El planteo referido a desmontes que habrían continuado pese al anterior pronunciamiento de la Corte y a la supuesta violación del decreto 2789/2009 de la Provincia de Salta deberá realizarse ante las autoridades locales pues se vincula

directamente con las facultades inherentes al poder de policía asignado expresamente en el art. 3° del decreto mencionado al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable local, en su condición de autoridad de aplicación de la ley 7543 (art. 36), al que le compete asegurar el efectivo cumplimiento de la prohibición que se denuncia violada, y teniendo en cuenta que no se advierte que el art. 15 de la constitución provincial contradiga o altere la finalidad, sentido o espíritu del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, de manera tal que se justifique la competencia originaria de la Corte Suprema.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 1295/1296 el letrado apoderado de la parte actora, junto con nueve personas que invocan su condición de demandantes en este proceso y de integrantes de la “Mesa de Tierras del Norte de Salta”, denuncian que se habría violado la medida cautelar dictada por esta Corte en el *sub lite*.

Afirman que diversos miembros de las comunidades que representan habrían observado que los desmontes continuaron pese a la decisión adoptada en esta causa.

Individualizan los desmontes que –según dicen– pudieron comprobar que se realizaron durante el período comprendido entre el 22 de enero y el 21 de octubre de 2009, en zonas que, según el Ordenamiento de Bosques provincial, estarían ubicadas en áreas de la Categoría II (amarillo) y, además, serían utilizadas por pueblos indígenas y poblaciones criollas.

Sostienen que también se habría violado el decreto local 2789/2009, en cuyo art. 1° establece que “Durante el plazo de vigencia de la ley 26.160, no podrán ejecutarse las autorizaciones de desmontes pendientes de realización, en aquellas propiedades incluidas en la Categoría II (amarillo) definida por la ley 7543 y su reglamentación, que, a la fecha del presente instrumento, se encuentren sometidas a un reclamo

formal por parte de Comunidades Indígenas con personería inscripta en los registros de ley”.

Destacan que el daño causado por los desmontes realizados durante la vigencia de la cautelar no puede ser dimensionado en su totalidad, y que si bien sólo detectaron la situación ilegal en las fincas que individualizan, ello daría la pauta clara de que hechos similares podrían haber sucedido en los departamentos en los que estaba vigente la suspensión dispuesta por este Tribunal el 26 de marzo de 2009 en estas actuaciones.

Con tal fundamento solicitan que se requiera a algún organismo independiente de la provincia, como el INTA o la Universidad Nacional de Salta, que mediante el estudio de imágenes satelitales de los años 2008 y 2009 detecte los lugares en los que se hubieran realizado desmontes en los departamentos de Rivadavia, San Martín, Orán y Santa Victoria, durante la vigencia de la referida medida cautelar, y peticionan que se extreme el control de su cumplimiento hasta el dictado de la sentencia definitiva.

2º) Que la medida cautelar dictada por esta Corte el 26 de marzo de 2009 se fundó en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 4), frente a la situación clara de peligro grave que se presentaba, y fue dispuesta a fin de evitar la degradación del medio ambiente.

De allí que no se advierte la necesidad de requerir a algún organismo independiente que “dimensione” *el daño causado por los desmontes ilegales durante la vigencia de la cautelar* (ver fs. 1296), pues la determinación de la magnitud de ese fenómeno sólo podría dar lugar eventualmente a reclamos vinculados con las consecuencias dañosas que esos hechos pudieran haber ocasionado, cuestión que excedería el marco de este proceso y resultaría ajena a la competencia de esta Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional (conf. causa “Mendoza”, Fallos: 329:2316).

Asimismo, es preciso indicar que la medida como la pretendida excedería los fines perseguidos por el Tribunal con la intervención asumida en el caso, tendiente a la modificación del estado de cosas que dio lugar a su promoción y a la búsqueda de caminos de superación del conflicto (ver sentencia de fs. 313/316, considerando 4º); propósitos que

trajeron aparejados el dictado de los decretos provinciales 2785/2009 y 2789/2009 y la presentación del estudio de impacto ambiental acumulativo ordenado en el *sub lite*, sobre el que se pronunciará esta Corte oportunamente (ver fs. 1292).

3º) Que en cuanto a la violación que se aduce respecto a la prohibición establecida en el decreto provincial 2789/2009, cabe destacar que mediante dicha norma se dispuso que la delimitación definitiva y la categorización final de las áreas boscosas que ocupan o utilizan las comunidades indígenas se decidirá una vez realizado el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de esas tierras (art. 2º), tarea que de acuerdo al artículo 3º de la ley nacional 26.160, se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas; y que, mientras tanto, dichas áreas serán consideradas de manera precautoria en la Categoría II (amarillo), conforme el artículo 5º de la ley local 7543, prohibiéndose la ejecución de las autorizaciones de desmonte pendientes de realización en aquellas propiedades incluidas en esa categoría y que se encuentren sometidas a un reclamo formal por parte de tales comunidades (art. 1º).

A su vez, en el art. 3º del decreto el Estado provincial expresamente dispuso: “Encomiéndose a la Autoridad de Aplicación de la ley 7543, adoptar las medidas necesarias y conducentes para asegurar el efectivo cumplimiento del presente”.

En ese contexto, los extremos que se denuncian indican la ineludible intervención de la jurisdicción salteña para examinar si se configuran los presupuestos de aplicación del decreto provincial que se dice violado, como así también los diversos aspectos de índole local que se vinculan con la cuestión, tales como la revisión estricta de los actos administrativos de autorización de desmontes en las propiedades que individualizan los peticionarios, a fin de determinar si se encontraban pendientes de ejecución a la fecha del dictado del decreto 2789/2009, y la delimitación precisa de las áreas en las que se habría violado la prohibición establecida en dicha norma, a los efectos de corroborar si se encuentran sometidas a reclamos de comunidades indígenas con personería inscripta en los registros de ley (art. 1º).

4º) Que las conclusiones expuestas no se ven alteradas por el hecho de que las violaciones que se denuncian, relacionadas al medio ambiente y más específicamente a la conservación y afectación de bosques nati-

vos, tengan influencia en las garantías que la Constitución Nacional le ha reconocido a las comunidades indígenas, ya que su presencia en juicio, o el reconocimiento de los derechos que invocan, no transforma a la cuestión planteada a fs. 1295/1296 en una que pueda ser calificada como predominante o exclusivamente federal y que, como tal, justifique, por la sola presencia de las garantías que se dicen afectadas por esas comunidades, la jurisdicción constitucional que se pretende mediante el planteo efectuado en autos.

Al respecto cabe poner de resalto que el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Salta es casi una transcripción del artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y dispone: “Pueblos indígenas. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros”.

No se advierte que la disposición provincial transcripta contradiga o altere la finalidad, sentido o espíritu de la norma nacional citada, de manera tal que se justifique esta competencia, en la inteligencia de que la previsión local, por no contemplar los presupuestos de la Constitución Nacional o de las leyes dictadas en su consecuencia, exija la intervención directa de esta Corte como órgano custodio de garantías constitucionales en lo que concierne a la cuestión introducida a fs. 1295/1296.

Consecuentemente, el planteo referido deberá realizarse ante las autoridades locales, pues se vincula directamente con las facultades inherentes al poder de policía asignado expresamente en el art. 3° del

decreto 2789/2009 al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta, en su condición de autoridad de aplicación de la ley 7543 (art. 36), al que le compete –como se puso de resalto– asegurar el efectivo cumplimiento de la prohibición que se denuncia violada.

Lo que así se resuelve. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Profesionales intervinientes: **Dres. Alicia B. Oliveira y Raúl Gustavo Ferreyra, apoderados de la parte actora; Guillermo J. Borda y Pablo M. Garat, apoderados de la Provincia de Salta; Susana V. Pérez Vexina, apoderada de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.**

ORLANDO ANTONIO CAJAL

DEFENSA EN JUICIO.

Corresponde desestimar la queja intentada ante la denegatoria de los recursos extraordinarios interpuestos contra el rechazo del recurso de casación deducido contra la sentencia que condenó a prisión perpetua si no se ha alcanzado a demostrar que las críticas sobre la actuación del letrado particular que asistió técnicamente al encausado con anterioridad resulten conducentes para sostener el estado de indefensión que se alega, toda vez que el supuesto menoscabo a la garantía de defensa en juicio se apoya únicamente en un aspecto que ésta no cubre, como es la eficacia de su ejercicio, tal como lo reconocen los propios recurrentes en el remedio federal al encabezar el desarrollo de sus agravios en tal sentido.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–La jueza Carmen M. Argibay consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja es inadmisibles (art. 280 CPCCN)–.

DEFENSA EN JUICIO.

La circunstancia de que las razones que el propio superior tribunal provincial invocó para rechazar el recurso de casación planteado por el letrado particular implicó reconocer que éste no contó con la asistencia técnica necesaria en la oportunidad procesal de revisión de la condena, tornando ineficaz la posibilidad de revisión del fallo, determina la nulidad de las actuaciones a partir del recurso

de casación, ya que no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes rechazó el recurso de casación local deducido por el entonces defensor particular de Orlando Antonio Cajal contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Mercedes, que lo condenó a la pena de prisión perpetua por considerarlo autor del delito de homicidio calificado por alevosía, cometido el 21 de marzo de 2005 en perjuicio de Mónica Mabel Romero (fs. 1121/1132, 1147/1156 y 1198/1201 del principal que corre por cuerda separada).

Para arribar a ese temperamento, el *a quo* consideró defectuosa la fundamentación de los planteos tendientes a tachar de arbitraria dicha sentencia, toda vez que calificó de extemporáneas y parciales las críticas que dirigió el recurrente sobre diversas pruebas de cargo (testimonios, exhibición del arma blanca incautada y pericias psiquiátricas), sin alcanzar a demostrar que el razonamiento que sustenta en la condena haya sido ilógico o carente de todo sentido jurídico.

Contra dicho pronunciamiento, los nuevos letrados propuestos por el imputado interpusieron recurso extraordinario, cuya denegatoria por las razones que lucen a fojas 1249/1252, dio lugar a la articulación de esta queja.

– II –

En su escrito de fojas 1213/1231, los apelantes sostienen que el máximo tribunal provincial, al resolver como lo hizo, desconoció los derechos del condenado a una defensa y a una tutela judicial efectiva,

así como también a la doble instancia, que contemplan los artículos 18 de la Constitución Nacional; 8.1., 8.2.d., 8.2 h. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.3.d. y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Destacan en este sentido, el estado de indefensión que padeció Cajal durante todo el proceso como consecuencia de una “palmaria inidoneidad técnica en la materia” de su anterior letrado. Intentan demostrar el perjuicio directo que le ocasionó al imputado el evidente desconocimiento por parte de dicho profesional de las reglas más elementales del proceso penal, que puede apreciarse en el trámite de apelación del procesamiento y de la excarcelación del nombrado, así como también en oportunidad de contestar el traslado con motivo de la constitución de parte querellante y su ampliación (ver fs. 1/3 y 22 del incidente de apelación contra auto de procesamiento; 1/4 del incidente de apelación contra la resolución N° 603; 1/2 del incidente de oposición a la querrela, todo ellos, que también corren por cuerda separada; y fs. 762/763 del principal).

Asimismo, si bien reconocen que esa falta de idoneidad no coloca *per se* al encausado en estado de indefensión, advierten que la ausencia de una defensa eficaz se desprende de la estrategia propuesta por dicho profesional en ocasión de realizar su alegato, consistente en negar que aquel cometió el hecho sin haber aportado prueba en tal sentido, limitándose a cuestionar, por cierto endeblemente, la entidad probatoria de los elementos de cargo reunidos y solicitar, de esa forma, su absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo*. Refieren que ni siquiera los testigos ofrecidos por la defensa estuvieron orientados a reforzar tal conclusión, sino que fueron propuestos para referirse al concepto que les merecía el imputado y al conocimiento que pudieran tener sobre su relación con la víctima.

Agregan que también se limitó a criticar los informes elaborados por las peritos psiquiatras de oficio y de la querrela, sin analizar las conclusiones del experto propuesto por él, circunstancia que impide apreciar cuál fue la finalidad por la que solicitó oportunamente la realización de tal estudio. Tampoco utilizó esta pericia para plantear, como estrategia alternativa, un encuadre distinto de la conducta del imputado, ni insistió en cuestiones que le fueron negadas; dejó de apelar el rechazo por el magistrado de primera instancia del cese de la prisión preventiva (fs. 1 y 8/9 del incidente respectivo que corre por cuerda), y

no reiteró el pedido de careo que realizó durante la sustanciación del debate entre el perito propuesto y los restantes (fs. 1087 vta./1090).

En forma subsidiaria y para el supuesto de no ser admitido el planteo de nulidad por los motivos expuestos, los recurrentes sostienen que la aceptación por parte del Superior Tribunal provincial de una defensa meramente formal, importó un menoscabo al derecho que tiene todo acusado de gozar de una tutela judicial efectiva, e implicó restringir indebidamente su derecho de defensa, al impedir una revisión integral de la sentencia de condena.

Afirman que los principios que surgen de la jurisprudencia que invocan a tal efecto, permiten advertir la omisión en la que incurrió el *a quo* al no examinar la posible relevancia de la psicopatía que presentaba el imputado según las propias peritos designadas de oficio y por la querrela para, eventualmente, determinar el encuadre típico de su conducta, ya sea en alguno de los supuestos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, o en su defecto, si correspondía reprocharle la figura agravada de la alevosía.

Concluyen que si bien dicha circunstancia no fue planteada en el recurso de casación interpuesto por el entonces defensor particular de Cajal, era obvio que el *a quo* tenía la obligación de examinar y resolver de oficio esa cuestión decisiva para determinar su responsabilidad penal en el hecho, con la amplitud que surge de la doctrina sentada por V.E. en los casos de Fallos: 328:3399 y 3741.

– III –

De acuerdo con lo expuesto, lo primero que corresponde dilucidar es si efectivamente el encausado careció de una adecuada asistencia legal, de tal relevancia que debió ser advertida en la instancia anterior, lo que impidió la consideración de extremos tendientes a lograr una calificación legal más benigna del hecho que se le reprocha.

En torno a esta cuestión, tiene dicho V.E. que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. Asimismo, la tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que su ejercicio debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un

proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de ese modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 310:1934; 311:2502; 315:2984; 319:192; 320:150 y 854; 321:2489, entre muchos otros). De modo que no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, puesto que ello no garantiza un verdadero juicio contradictorio, sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia por parte de su defensor (Fallos: 304:1886; 308:1557).

No paso por alto que los jueces de las diferentes instancias deben velar por el cumplimiento de tales principios, incluso los tribunales locales al conocer respecto de la procedencia de los recursos previstos en los ordenamientos provinciales (Fallos: 310:1797 y 1934; 319:1496; 321:1424; 323:1440, disidencia del doctor Gustavo A. Bossert).

De acuerdo con este criterio y tal como surge de alguno de los mencionados precedentes, la Corte consideró afectado el derecho de defensa ya sea ante la carencia de asistencia letrada que pudo haber sufrido el acusado como consecuencia de consideraciones de índole formal (Fallos: 313:1031; 319:192; 320:854; 323:1440, disidencia del doctor Petracchi; 330:1066), y también en diversos supuestos en los que se privó al defensor designado de intervenir conforme las leyes procesales ó se le permitió sólo formalmente (Fallos: 308:1386 y 1557); en supuestos en los que no se atendió directamente el estado de indefensión invocado por el imputado (Fallos: 327:5095; 330:4925), o bien, respecto de conductas que importaron una inactividad de la asistencia letrada o una intervención meramente formal (Fallos: 311:2502; 319:1496 y 321:1424 ya citados; 327:5095; 329:1794; 330:1016, 5052 y 3526; 331:2520 y causa N. 37, XLIII "Nacheri, Alberto Guillermo s/p.s.a. homicidio agravado y robo calificado", resuelta el 12 de mayo de 2009).

En el *sub júdice*, a diferencia de los casos señalados, el menoscabo a dicho derecho constitucional derivaría de la defectuosa actuación que se le atribuye al abogado particular que intervino durante casi todo el proceso hasta el trámite de revisión ante esta instancia excepcional, pero como consecuencia de la ausencia de idoneidad que demostró sobre la materia, lo que implicó soslayar la consideración de extremos con entidad suficiente para modificar la condena en beneficio del encausado.

En la medida que esa crítica no se dirige a señalar una mera negligencia de dicho letrado, aspecto que, por regla, no ampara la garantía de la defensa (Fallos: 247:161; 296:65; 306:195 y 318:2404, disidencia de los doctores Moliné O'Connor, Fayt, Petracchi y Bossert), no cabe duda que la gravedad del motivo alegado exige que esa situación excepcional sea analizada con extrema prudencia. Sin embargo, debo adelantar mi parecer adverso a las pretensiones del recurrente, pues de acuerdo con los términos de su apelación el planteo se dirige, en definitiva, a manifestar una discrepancia con la estrategia seleccionada, sin que pueda inferirse de la actuación del citado profesional una inoperancia con entidad suficiente para conculcar las garantías constitucionales que se consideran afectadas.

En efecto, pienso que ello es lo que se desprende de la referencia a las puntuales intervenciones del anterior defensor para demostrar su falta de idoneidad técnica (ver apartado II), toda vez que no supera la mera crítica a su desempeño en esas ocasiones, sin que se alcance a percibir en qué manera esa labor habría influido en las decisiones adoptadas, sobre todo si se tiene en cuenta los fundamentos en los que se sustenta la condena y que la modificación de la calificación legal del hecho fue consecuencia de la apelación que dedujo el fiscal, ante su disconformidad con la adoptada en el auto de procesamiento.

Y aún más, son los propios recurrentes quienes reconocen que esas intervenciones, por sí solas, no colocaban al imputado en estado de indefensión, sino que era la estrategia propuesta por dicho letrado al momento de alegar lo que permitía advertir “la ausencia de una defensa eficaz”, al negar, como único argumento, su autoría en el hecho, exclusivamente a partir de una endeble crítica a las pruebas de cargo reunidas y, de esa forma, solicitar su absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo* (fs. 1218 vta.).

Precisamente entiendo que lo único que permite advertir ese reclamo es una serie de apreciaciones tendientes a controvertir la forma en que se orientó la defensa, aspecto que cabe presumir fue consentido por el propio Cajal desde que no se percibe hasta el fallo impugnado una manifestación de su parte que, expresa o implícitamente, implique su disenso en este sentido con su abogado de confianza.

Además de las razones expuestas, tampoco percibo que la actuación de dicho letrado haya comprometido el derecho de defensa de su asistido, de forma tal que justifique la intervención de oficio de V.E.,

conforme los precedentes que se invocan al respecto en el remedio federal, sobre todo si se repara en que las situaciones fácticas allí contempladas difieren sustancialmente de la que se presenta en el caso, pues aluden a la omisión de aspectos esenciales en la sentencia que acarrea su nulidad; al abandono material de la defensa oficial al no contestar la acusación; y a la ausencia de notificación personal al procesado que provocó que la condena quedara firme con la sola conformidad de su defensor.

Igual defecto se aprecia respecto del criterio establecido por la Corte en Fallos: 327:5095, en cuanto a la necesidad de contar el imputado con un adecuado asesoramiento legal y al alcance de esa expresión, en el que también intentan ampararse los apelantes. Basta señalar en este sentido, que a diferencia de lo que aconteció en el *sub júdice*, en dicha oportunidad V.E. concluyó que no constituía un auténtico patrocinio letrado la intervención meramente formal de la defensa oficial para plantear la arbitrariedad de acceso a la instancia de casación local, limitándose a transcribir prácticamente los agravios en torno a la nulidad planteada por el encausado en el recurso *in pauperis* contra la condena, dejando a salvo su parecer en contrario. También se señaló como circunstancia relevante que atentó contra una defensa eficaz, la sustitución de asistencia letrada que en varias oportunidades sufrió el imputado a lo largo del proceso (considerandos 12° a 18°), extremos que no se verifican en el *sub lite*.

De tal modo, opino que no se ha alcanzado a demostrar que las críticas sobre la actuación del letrado particular que asistió técnicamente al encausado resulten conducentes para sostener el estado de indefensión que se alega, toda vez que el supuesto menoscabo a la garantía de defensa en juicio se apoya únicamente en un aspecto que ésta no cubre, como es la eficacia de su ejercicio (Fallos: 225:123 y sus citas), tal como lo reconocen los propios recurrentes en el remedio federal al encabezar el desarrollo de sus agravios en tal sentido (fs. 12 vta., apartado 5.1.b).

Una vez más, resulta oportuno recordar los conceptos vertidos en Fallos: 324:3632, por los doctores Enrique s. Petracchi, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert en su disidencia, al sostener que el Tribunal debe analizar “la totalidad de las circunstancias” del proceso; pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de este tipo significaría “restringir

la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas” pues “el acto u omisión de un defensor que... es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro” (Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984). Además, un desacuerdo en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no coincide con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración *ex post facto* de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal (considerando 7°).

Entiendo que el reclamo de los recurrentes puede asimilarse con esta última situación, pues insisto en que la crítica al anterior abogado sólo refleja un desacuerdo con la estrategia asumida, sin que esa discrepancia autorice a calificar la tarea de aquel como defectuosa o inexistente, sobre todo, si se tiene en cuenta que el éxito de la labor desempeñada por un abogado es inherente al riesgo que entraña todo pleito.

Por tal motivo, esa mera disconformidad, no alcanza a conmover los atendibles argumentos que contiene el fallo en cumplimiento, precisamente, del deber que tienen los tribunales de todas las instancias de garantizar a toda persona sometida a proceso penal un auténtico patrocinio como el exigido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

– IV –

Menos aún puede prosperar el planteo que se aduce en forma subsidiaria, acerca del menoscabo que importó a la garantía de la que goza todo imputado de revisar la legitimidad de su condena por un tribunal distinto del que lo juzgó, la omisión del *a quo* de pronunciarse sobre la posible psicopatía que presentaría aquel de acuerdo con lo declarado por las médicas psiquiatras de oficio y de la querrela, aspecto que si bien no fue invocado en el recurso de casación, su análisis resultaba relevante a los fines de determinar adecuadamente el encuadre típico de su conducta.

Pienso que ello es así pues, sin perder de vista todo lo expuesto hasta el momento, a mi modo de ver no existió en el *sub júdice* un excesivo rigor formal en torno a la valoración sobre la admisibilidad,

interpretación o aplicación de la vía local utilizada, extremos que en su momento motivaron la doctrina desarrollada por V.E. a partir de Fallos: 318:514; 320:2145; 322:2488; 325:1227 y, más recientemente, con mayor amplitud, en los citados Fallos: 328:3399 y 3741.

Vinculado con el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en su Informe 24/92 del 2 de octubre de 1992, que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención siempre que no se interprete con rigor formalista. Este concepto, como ya lo apunté en alguna otra ocasión, fue iterado en un caso referido a nuestro país (Informe N° 55/97, caso 11.137 “Juan Carlos Abella”, del 18 de noviembre de 1997), en donde sostuvo que “el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal del fallo... incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, y en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por la CADH, característica que no reviste el recurso extraordinario federal”.

Al no encontrar, insisto, motivos concretos que demuestren una situación relevante de indefensión para justificar la intervención de V.E., cabe concluir que los agravios contra la condena, en el contexto de la táctica utilizada por el profesional cuestionado, recibieron adecuado tratamiento en la instancia casatoria conforme con el criterio expuesto.

En esas condiciones, ampararse en las pautas establecidas en los citados precedentes para exigir al Superior Tribunal provincial el análisis de una cuestión no federal como aquella vinculada con la personalidad del imputado, refleja que la única finalidad que se pretende perseguir con ello es mejorar su situación procesal a partir de intentar imponer un enfoque distinto para provocar la revisión sobre temas de hecho, prueba y derecho común, sin reparar que el *a quo* razonablemente pudo entender innecesario su examen, no sólo ante la ausencia de un planteo concreto en tal sentido, sino también, porque consideró que el tema fue resuelto con adecuados argumentos de igual naturaleza en la sentencia de condena (ver fojas 1129 vta./1131, votos de los doctores Guerin, Iglesias y Silvero a la segunda cuestión), respecto de los cuales, ni siquiera se hicieron debidamente cargo los recurrentes.

– V –

En consecuencia, soy de la opinión que V.E. debe desestimar la presente queja. Buenos Aires, 12 de agosto de 2009. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 21 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Orlando Antonio Cajal en la causa Cajal, Orlando Antonio s/ homicidio calificado por alevosía –causa N° 27.309/07–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que Orlando Antonio Cajal fue condenado por la Cámara en lo Criminal de la Tercera Circunscripción Judicial de la ciudad de Mercedes, Provincia de Corrientes a la pena de prisión perpetua por considerarlo penalmente responsable del delito de homicidio calificado por alevosía, cometido el 21 de marzo de 2005 en perjuicio de Mónica Mabel Romero. Contra esa decisión el entonces defensor particular del imputado interpuso recurso de casación local, que fuera rechazado por el superior tribunal de justicia de la provincia mencionada.

El *a quo* sostuvo que la fundamentación de los planteos relativos a la arbitrariedad de la sentencia era insuficiente, ya que no demostraba, como corresponde, que la inferencia probatoria volcada en ella, haya sido ilógica o carente de todo sentido jurídico (fs. 1198 vta.). Luego de afirmar que “no puede responder a agravios inexistentes o deficientemente planteados”, con invocación de los precedentes de este Tribunal “Casal” (Fallos: 328:3399), “Martínez Areco” (Fallos: 328:3741) y “Salto” (Fallos: 329:530), sostuvo que aplicaría “la teoría del máximo rendimiento, que permite una revisión probatoria del hecho fijado en la sentencia y no sólo del razonamiento jurídico del *a quo* plasmado en la sentencia de autos” (fs. 1199). Dicho esto, descartó cada uno de los planteos por extemporáneos, parciales, pueriles, intrascendentes y deficientemente fundados.

2º) Que contra dicho pronunciamiento, los nuevos letrados propuestos por el imputado interpusieron recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la presentación de esta queja.

En esta ocasión se sostuvo que el Superior Tribunal provincial desconoció los derechos del condenado a una defensa y tutela judicial efectiva, como así también a la doble instancia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8.1, 8.2.d, 8.2.h y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.3.d y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esgrimen que no se trata en el caso de ausencia formal de abogado defensor sino de una intervención manifiestamente inidónea, que no alcanza a cumplir con los estándares mínimos que exige la garantía de la defensa en juicio. Y que si bien dicha carencia se dio a lo largo de todo el proceso en el cual su defendido terminara condenado con la máxima pena prevista en el Código Penal –y por la cual solicitan, primeramente, la anulación del proceso–, fue la razón determinante para que el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes rechazara el recurso de casación y privara al justiciable de la revisión integral del fallo condenatorio y de una tutela judicial efectiva.

Asimismo sostienen, que el tribunal revisor tenía la obligación de examinar y resolver de oficio cuestiones sobre la culpabilidad de Cajal o sobre el encuadre jurídico del hecho.

Que el Tribunal Superior provincial no concedió el recurso extraordinario, lo que dio lugar a la presentación de la queja.

3º) Que el recurso extraordinario es admisible pues se ha puesto en tela de juicio el alcance que corresponde asignar a las cláusulas con rango constitucional de la defensa en juicio, de la tutela efectiva y de derecho a la revisión integral del fallo condenatorio y la interpretación efectuada por el *a quo* ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas (“Pancia” Fallos: 324:3632 voto en disidencia de los jueces Petracchi, Boggiano y Bossert; “Domínguez, Alcides Armando” Fallos: 330:5052, entre otros).

4º) Que este Tribunal ha dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa; la tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor, asegurando, de

este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 237:158; 255:91; 311:2502).

Que para determinar la viabilidad del agravio referente a la carencia de asistencia legal eficaz, este Tribunal debe analizar las circunstancias del proceso; pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de ese tipo significaría “restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas” pues “el acto u omisión de un defensor que... es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro” (“Strickland v. Washington”, 466 U.S. 668, 1984, citado en “Pancia” Fallos: 324:3632, voto en disidencia de los jueces Petracchi, Boggiano y Bossert).

En “Strickland v. Washington”, la Corte Suprema norteamericana interpretó que, como test general, se deberían probar dos componentes fundamentales, la actuación deficiente del abogado y el perjuicio a la defensa tan grave como para poner en duda el resultado del procedimiento, descartándose, en principio, los casos relativos a las distintas opciones de estrategias defensivas relativas a la aplicación del derecho o aspectos fácticos de la investigación (The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation, Congressional Research Service, Library of Congress, 1996, págs. 1437 y sgtes.).

Que los agravios relativos a las posiciones asumidas por la defensa designada por el imputado hasta la sentencia condenatoria resultan ser más bien relativas a la elección de estrategias defensivas que los jueces en un estado de derecho, por imperio de los principios de libertad e independencia en el ejercicio de la defensa, no pueden más que garantizar. Máxime cuando no se ha probado un perjuicio grave como para poner en duda el resultado del procedimiento ni mucho menos que afecte la validez misma del proceso que habilite la función jurisdiccional de esta Corte, al control aún de oficio “...cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público. En efecto, la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría convalidarse (Fallos: 320:854 y 329:4248)”; “Domínguez, Alcides Armando” (Fallos: 330:5052).

Además, un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos

aquellos casos donde la decisión de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración *ex post facto* de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal, por lo que corresponde descartar la nulidad del proceso por la alegada inidoneidad de la defensa particular designada por el imputado.

5º) Que, por otra parte, esta Corte ha reconocido la importancia de la posibilidad de revisión integral del fallo condenatorio, así en “Casal” (Fallos: 328:3399) ha precisado que no es sólo el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el que impone la garantía de revisión. El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que la sentencia contenga otras violaciones a derechos humanos, sino que en cualquier caso exigen la posibilidad de revisión amplia por medio de un recurso que se supone debe ser eficaz.

En esa línea de pensamiento, se brindaron algunas bases sobre las posibles alternativas que los tribunales revisores podrían seguir “...la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder. No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna sobre todo haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten

contradictorias con las etapas anteriores. La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad de que entiende esta Corte. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte” (“Casal”, Fallos: 328:3399).

6°) Que, en estos actuados por las particularidades del caso, dicha revisión integral y eficaz de la condena a prisión perpetua de Cajal no pudo lograrse. Los fundamentos brindados por el tribunal *a quo* para rechazar el recurso fueron que los planteos estaban insuficientemente fundados o eran pueriles, extemporáneos, parciales y porque “no pueden responder a agravios inexistentes o deficientemente planteados”. Entonces de acuerdo a las constancias del proceso, y sin perjuicio de lo que se resuelva sobre el fondo del asunto, las razones que el propio Tribunal Superior provincial invocó para rechazar el recurso presentado por el letrado particular de Cajal implicó reconocer que éste no contó con la asistencia técnica necesaria en la oportunidad procesal de revisión de la condena.

Que si bien esta Corte tiene dicho que no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan mínimamente viables (Fallos: 310:2078 y 320:854), en el *sub lite* se observa que el recurso de casación fue rechazado exclusivamente por la forma en que fueron expuestos los planteos deducidos por el letrado defensor, tornando ineficaz la posibilidad de revisión del fallo, aun cuando el tribunal *a quo* expresamente sostuvo que aplicaría “la teoría del máximo rendimiento, que permite una revisión probatoria del hecho fijado en la sentencia y no sólo del razonamiento jurídico del *a quo* plasmado en la sentencia de autos” (fs. 1199), ya que paso seguido descartó cada uno de los planteos por las razones antes expuestas.

De modo que no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor (“Casinelli”, Fallos: 304:1886).

Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –cuya jurisprudencia ha servido de guía interpretativa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos– ha expresado que la protección de los derechos no debe ser teórica e ilusoria sino, por el contrario, concreta y efectiva, y por ello lo que garantiza el art. 6.3 c es la “asistencia” y no la “designación” de [un defensor] (TEDH-30. Caso Artico, sentencia del 13 de mayo de 1980).

En términos similares se expidió la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al señalar que “de todos los derechos que la persona del acusado tiene, el derecho a ser defendido por un abogado es por lejos el más penetrante porque afecta la posibilidad de afirmar cualquier otro derecho que él pueda tener”. Y que por ello “la Sexta Enmienda no exige meramente la provisión de un defensor al acusado, sino asistencia para la defensa, [de lo contrario] el nombramiento del defensor se convertiría en una ficción o en una complacencia formal del requisito que establece la Constitución” (United States v. Cronin, 466 U.S. 648, 1984).

Que, no es suficiente con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo, y con mucha más razón cuando se encuentren en juego libertades fundamentales del individuo como las que se debaten en un juicio penal. Lo contrario no garantiza un verdadero juicio contradictorio (Fallos: 311:2502 y sus citas) ni asegura en el caso el cabal ejercicio del derecho federal a que la condena sea revisada por un tribunal superior (Fallos: 328:3399, 3741 y 330:5108), máxime cuando se trata de una condena a prisión perpetua.

Que, en virtud de lo expuesto, la circunstancia reseñada importa un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad de las actuaciones a partir del recurso de casación por carecer de una asistencia efectiva de la defensa, y que la debida fundamentación de esa impugnación resultaba fundamental para que se cumpliera eficazmente con la revisión integral de la sentencia condenatoria en los términos expuestos por esta Corte en el caso “Casal” (Fallos: 328:3399).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del recurso

de casación interpuesto a fs. 1147/1181. Notifíquese, agréguese a los autos principales, reintégrese el depósito de fs. 2 y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Orlando Antonio Cajal** –asistido por sus **abogados**

defensores Dres. Ramón C. Leguizamón y Marcos Facundo Leguizamón– y patrocinado por el **Dr. Hernán Víctor Gullco**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de Corrientes**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara en lo Criminal de la Tercera Circunscripción Judicial de la ciudad de Mercedes, Provincia de Corrientes**.

ERNESTO NICOLAS HERRERA

ESTUPEFACIENTES.

Cabe entender a la justicia local –que además previno– en la causa iniciada por la detención de quien se encontraba fumando un cigarrillo de marihuana en una plaza junto a su pareja y su hija, hallándose además sustancia en su poder, pues no constituye uso ostentoso de estupefacientes tal como lo requiere el art. 12 de la ley 23.737 –hipótesis en que sería de competencia federal–, no haciendo referencia dicha norma al mero consumo en lugares expuestos al público, sino que exige que tal consumo sea realizado con ostentación y trascendencia, lo que implica incluir en la figura la exigencia de un determinado resultado, esto es, la trascendencia al público y una modalidad de conducta –con ostentación–, entre los que existe una indudable relación.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

El presente conflicto de competencia suscitado entre la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, y el Juzgado Federal N° 3, ambos

de La Plata, Provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa iniciada por la detención de Ernesto Herrera en momentos en que se encontraba fumando un cigarrillo de marihuana en la plaza Irigoyen, de dicha ciudad, junto a su pareja y su hija. Asimismo se hallaron en su poder 4 gramos de la misma sustancia.

El juez local elevó las actuaciones a juicio correccional en orden al delito de tenencia de estupefacientes (art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737), y con relación al consumo se declaró incompetente al considerar que el artículo 12 no había sido abarcado por la ley 26.052.

Al tomar conocimiento con motivo del recurso de apelación interpuesto por la defensa, la cámara provincial, declaró la incompetencia de la totalidad de la causa con sustento en los artículos 2 y 3 de la ley de transferencia.

Por su parte, el magistrado federal no aceptó esa atribución al considerar que el hecho investigado no constituía uso ostentoso de estupefacientes tal como lo requiere el tipo penal contenido en el artículo 12 de la ley 23.737.

Con la elevación del incidente a la Corte por el juez que previno quedó trabada esta contienda.

En primer lugar, creo conveniente destacar que para la correcta traba de esta contienda, debió ser la cámara provincial, que resolvió la declinatoria, la que insistiera o no en su criterio (Fallos: 231:237; 236:126 y 528; 237:142; 311:1388 y Competencia N° 246 L.XXXVI, *in re* “López, Gustavo Damián s/inf. art. 189 bis del C.P.”, resuelta el 11 de julio de 2000).

No obstante, para el supuesto que V.E. decidiera prescindir de los reparos formales y resolver el tema sin más trámite por razones de economía procesal y mejor administración de justicia (Fallos: 318:1834; 319:322 y 323:3637), me expediré sobre la solución de la contienda.

En tal sentido, aprecio que las conclusiones del juez federal acerca de la inexistencia de la figura motivo de la declinatoria, con base en circunstancias fácticas que la jurisdicción local no ha desconocido, relativas a la ausencia de ostentación y trascendencia del consumo en el caso, resulta adecuada a una interpretación razonable del texto legal y que se ajusta a la doctrina de Fallos: 331:858, según la cual “el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige prio-

rizar una exégesis restrictiva dentro de un límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *última ratio* del ordenamiento jurídico y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.

Al respecto, cabe destacar que, tal como lo vienen entendiendo nuestros tribunales, el artículo 12 no hace referencia al mero consumo en lugares expuestos al público, sino que exige que tal consumo sea realizado con ostentación y trascendencia, lo que implica introducir en la figura la exigencia de un determinado resultado: la trascendencia al público y una modalidad de conducta: con ostentación, entre las cuales existe una indudable relación ya que trascenderá al público la conducta que de alguna manera se haya realizado ostentosamente.

Por lo tanto considero que debe continuar conociendo en la presente causa la justicia local, que además previno. Buenos Aires, 26 de abril de 2010. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 21 de septiembre de 2010.

Autos y Vistos:

Por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó el presente incidente el Juzgado de Garantías n° 3 del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 3 y a la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, ambos con asiento en la ciudad de La Plata.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

CARLOS JORGE BENZRIHEN Y OTRO/A C/ INDUSTRIAS MAGROMER
CUEROS Y PIELES S.A.*MEDIO AMBIENTE.*

Si la degradación de recursos ambientales, cuya recomposición se pretende, están ubicados en provincia, y la contaminación denunciada, atribuida al derrame de los desechos derivados de las actividades que realiza la empresa demandada, también tiene su origen en territorio local, es competente la justicia provincial, pues el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime cuando no se advierte un supuesto en problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción, ni se ha acreditado que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, de modo de surtir la competencia federal.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

Con motivo de la intervención de este Ministerio Público de fs. 181, el Tribunal devolvió los autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, para que su titular se pronuncie sobre su competencia.

A fs. 185, el juez provincial se declaró incompetente para conocer en el proceso, con fundamento en que la decisión del magistrado federal de integrar a la litis al Estado Nacional (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable del Ministerio de Desarrollo Social) determine la competencia de la justicia federal en razón de la persona. En tales condiciones, envió los autos a V.E. a fin de que dirima el conflicto de competencia suscitado.

– II –

En autos ha quedado trabado un conflicto negativo de competencia entre el Juez Federal de Mercedes y el magistrado local (v. fs. 162/163 y 185, respectivamente) que corresponde dirimir a V.E. en virtud de lo establecido en el art. 24, inc. 7º), del decreto-ley 1285/58.

– III –

Sentado lo anterior, es mi parecer que el conocimiento de este proceso le corresponde a la justicia provincial.

En efecto, de los términos de la demanda, a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia (art. 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se desprende que la pretensión de los actores consiste en obtener que cesen las molestias y actividades contaminantes y dañosas a la salud que produce su planta industrial, ubicada en Acceso Sur entre las calles 114 y 116 de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, así como, que se realicen las obras necesarias para la recomposición del daño ambiental que causó su accionar, o que en su defecto se pague la indemnización correspondiente.

Ello, a mi modo de ver, determina que sean las autoridades locales las encargadas de valorar y juzgar si la actividad proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente. En efecto, en el precedente de Fallos: 318:992 la Corte Suprema dejó establecido que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente en su art. 41, anteúltimo párrafo, a las jurisdicciones locales en la materia, que por su condición y raigambre no pueden ser alteradas (Fallos: 329:2280 y 2469; 330:4234).

Además, el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entor-

no natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime cuando no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción (Fallos: 330:4234; 332:1136).

Tampoco se encuentra acreditado, con el grado de verosimilitud suficiente que tal denuncia importe y exige para su escrutinio, que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales” (art. 7° de la ley 25.675), de modo de surtir la competencia federal.

A tal efecto, cabe recordar que la Corte a través de distintos precedentes ha delineado los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, estableciendo, en primer término, que debe delimitarse el ámbito territorial afectado, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, debe tratarse de un recurso ambiental interjurisdiccional (Fallos: 327:3880; 329:2316), o de un área geográfica que se extienda mas allá de la frontera provincial. Es decir, que abarque a más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional, puesto que debe tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción (Fallos: 330:4234; 331:1679).

Asimismo, y como la determinación de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, es preciso demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación –según los términos de la Ley General del Ambiente– de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción al respecto debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá afirmar la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469; 330:4234).

En el *sub lite*, los actores no han aportado prueba o estudio ambiental que permita afirmar ese extremo y las manifestaciones que realizan en el escrito de demanda no permiten generar la correspondiente convicción.

En este sentido, cabe destacar que en autos la degradación de recursos ambientales, cuya recomposición se pretende, están ubicados

en la Provincia de Buenos Aires y que la contaminación denunciada, atribuida al derrame de los desechos derivados de las actividades que realiza la empresa demandada, también encontraría su origen en el territorio del esa provincia.

Por lo tanto, es mi parecer que el planteo de los actores tendiente a obtener que se adopten medidas de política ambiental debe ser ventilado, en las circunstancias actuales, ante la justicia provincial, en cuya sede los autos u omisiones de autoridades provinciales serán ponderados por los jueces naturales a los efectos que la soberanía local ha querido darle (Fallos: 319:1407; 322:617).

Tampoco corresponde a la competencia de la justicia federal *ratione personae*. Ello es así pues, a mi modo de ver, no existen motivos suficientes para concluir que estemos en presencia de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario como lo requiere el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues la relación jurídica que vincula a las partes no es común al Estado Nacional, a quien tanto los actores como la demandada le han negado participación y responsabilidad por los daños ocasionados (v. recursos de apelación de fs. 146/147 y 148/149, respectivamente), sino que por el contrario, la causa está vinculada con el ejercicio del poder de policía ambiental, asunto regido por el derecho público local.

En tales condiciones, es mi parecer que este proceso corresponde a la competencia de la justicia provincial, pudiendo ser demandado el Estado Nacional —en su caso— ante la justicia federal, donde encontrará así satisfecho su privilegio (art. 116 de la Constitución Nacional).

La solución propuesta tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 325:3070; 327:1789; 328:3700).

– IV –

Por todo lo expuesto, opino que la presente causa debe continuar su trámite ante la justicia provincial. Buenos Aires, 29 de abril de 2010.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 21 de septiembre de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal concuerda con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, a cuyas consideraciones y conclusión corresponde remitir por razones de brevedad.

Que en las condiciones expresadas, el tribunal provincial que tome intervención deberá adoptar las medidas apropiadas para no violentar el privilegio reconocido al Estado Nacional de litigar ante los jueces federales (art. 116 de la Constitución Nacional; ley 48, art. 6°; ley 1893, art. 111, inc. 5°), a cuyo fin deberá reconsiderar la resolución de fs. 123 en cuanto ordenó integrar la litis con la agencia federal que indica (causa M.340.XLII “Montero, Nancy Beatriz c/ Estado Nacional (Buenos Aires citado como tercero) s/ daños y perjuicios”, sentencia de 4 de marzo de 2008 y sus citas).

Por ello se declara que resulta competente para conocer de las actuaciones el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Federal de Mercedes.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

JOSE OSVALDO DESCH*ROBO.*

Si bien el robo de camiones que transportaban mercancías y la privación ilegal de la libertad –que además encuadraría en la figura de contrabando– tuvieron

lugar en jurisdicción provincial, atento que de las constancias del legajo surge que las mercaderías que transportaban los damnificados, se encontraban sujetas al régimen de destinación de tránsito de importación, hallándose sometidas a control aduanero, frustrándose el adecuado ejercicio de las facultades legales de la aduana, cabe dar intervención a la justicia federal respecto de ambos delitos en razón de la unidad fáctica existente.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La presente contienda negativa de competencia, finalmente suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Colón, Provincia de Entre Ríos, y el Juzgado Federal de Paso de los Libres –Corrientes– se refiere a la causa instruida a raíz del desapoderamiento de cuatro camiones cargados con mercadería, procedente de la República Federativa del Brasil y sujeta al régimen de destinación aduanera (ver fojas señalizadas como 1/5 vta., 51/51 vta., 53/57 y 150).

Surge de las constancias del incidente, que sus choferes habrían ingresado al país con el cargamento por la frontera de Paso de los Libres y que, al continuar el trayecto con destino al depósito fiscal SIR HOME de General Pacheco, Provincia de Buenos Aires, y en circunstancias en que se encontraban en la localidad entrerriana de Colón, fueron sorprendidos al menos por ocho hombres que portaban armas de fuego, quienes los obligaron a ascender a diversos vehículos, en los que fueron privados de su libertad hasta recuperarla, en su mayoría, en la ciudad de Luján (ver fojas numeradas como 58/58 vta., 59/60, 63/64, 69/72, 73/76 vta. y 77/80 vta.).

Consta, a su vez, que el juez local que es parte en el conflicto, previno en tales sucesos, y que en virtud de que la carga sustraída se hallaba sujeta al régimen aduanero, ese magistrado ordenó extraer testimonios de la causa y, con base en que el depósito fiscal –cuyo control se habría visto frustrado– se hallaba en General Pacheco, le atribuyó el conocimiento del delito de contrabando a la justicia federal de San Isidro (fs. 252/253) que no aceptó tal atribución, en tanto sostuvo que los artículos 1026 y 1027 del Código Aduanero, determinaban que resultarían competentes en el caso los tribunales en lo penal económico

de esta ciudad (fs. 257/257 vta.). Tras ello, devueltas las actuaciones al declinante (fs. 258), éste las remitió a tal fuero (fs. 260/260 vta.).

El Juzgado en lo Penal Económico N° 7 de esta Capital, que resultó sorteado (ver fojas 267), rechazó la atribución al considerar que era la aduana de ingreso la que mantenía el control de la mercadería hasta su destino, y devolvió el sumario al juez local (fs. 268/269), quien entendió entonces que el delito aduanero –de competencia federal– se había cometido en Paso de los Libres y envió los testimonios a la justicia nacional de tal sección (fs. 272/273).

A su turno, la juez federal subrogante de esa ciudad, sostuvo que el robo de los camiones que transportaban mercancías y la privación ilegal de la libertad –suceso que además encuadraría en el delito de contrabando– habría tenido lugar en Colón, Provincia de Entre Ríos, por lo que debía ser investigado por el juzgado declinante (fs. 280/281 vta.).

Devueltas nuevamente las actuaciones al tribunal de origen, su titular consideró en esta ocasión que, al tratarse del desapoderamiento de transportes luego de su cruce por el paso fronterizo y, al mismo tiempo, de la sustracción al control aduanero de mercadería en tránsito que ingresó al país en forma ilegal –lo que configuraría el presunto delito de contrabando de competencia exclusiva del fuero de excepción– la causa debía ser investigada por un mismo magistrado, atento que los delitos concursaban idealmente entre sí. Por ello, elevó finalmente el incidente a conocimiento de V.E., para que resuelva al respecto (ver fojas 292/293, 294 y 296, y disposición del 24 de febrero de 2010).

Así quedó formalmente trabada esta contienda.

Es doctrina del Tribunal que los conflictos de competencia en materia penal deben decidirse de acuerdo con la real naturaleza del delito y las circunstancias especiales en que se ha perpetrado, según pueda apreciarse *prima facie* y con prescindencia de la calificación que le atribuyan, en iguales condiciones, los jueces en conflicto (Fallos: 310:2755).

En ese orden de ideas, atento que de las constancias del legajo surge que las mercaderías que transportaban los damnificados, se encontraban sujetas al régimen de destinación de tránsito de importación

(ver fojas indicadas con la numeración 53/57) y que, por consiguiente, se hallaban sometidas al control aduanero, entiendo que como consecuencia de los hechos que se investigan, se habría visto frustrado el adecuado ejercicio de las facultades legales de la aduana (conf. Fallos: 316:2797).

En tales condiciones, considero que resultan de aplicación al *sub júdice* los fundamentos que informaron la resolución de la Competencia N° 359 L. XXXV, *in re* “Ayechú, Carlos Bernardo s/ denuncia” del 21 de diciembre de 1999 (Fallos: 322:3264), y más recientemente, las Competencias N° 125, L. XXXIX *in re* “Orsi, Ricardo César Vicente s/ denuncia de contrabando” y N° 1030 L. XXXIX *in re* “N.N. s/infracción ley 22.415”, resueltas el 27 de mayo y el 28 de octubre de 2003, respectivamente.

Sobre la base de tales consideraciones y de acuerdo con la doctrina del Tribunal que establece que la competencia penal por razón del territorio se determina atendiendo al lugar donde se ha consumado el delito (Fallos: 229:853, 265:323, 310:2156 y 326:4734) opino, que en atención a que de los dichos del denunciante (ver fojas 1/5 vta. –primer página– y 51/51 vta.) y de las propias manifestaciones de algunas de las víctimas del hecho (ver declaraciones de Carlos Greppi y José Desch en fojas señalizadas como 69/72, 73/76 vta. y 77/80 vta.), surge que el desaparodamiento de los camiones con su carga habría tenido lugar en Colón –Provincia de Entre Ríos– corresponde declarar la competencia del tribunal federal de esa sección, aunque no haya sido parte en esta contienda conflicto (Fallos: 312:1216, 315:318, 317:929, 318:182 y 323:2032).

A su vez, dado que de los términos de la resolución de fojas 292/293, se desprende que el magistrado local habría finalmente considerado ceder su investigación respecto de los delitos de robo y privación ilegal de la libertad a favor de la justicia de excepción, cabe señalar que así corresponde, en razón de la unidad fáctica existente (conf. Competencias N° 791 L. XXXV, *in re* “Servicios Logísticos Multimodales S.A. s/ contrabando” y N° 245 L. XXXVIII, *in re* “Maxikiosco sito en la calle Pueyrredón 442 s/encubrimiento”, resueltas el 23 de mayo de 2000 y el 3 de octubre de 2002, respectivamente).

Por último, en virtud de lo manifestado por el juez en lo penal económico de esta ciudad, con relación al informe de fojas indicadas como

49/50 –ver último párrafo del segundo considerando de la resolución de fojas 268/269– en lo atinente al hallazgo de mercadería de igual clase y procedencia de la sustraída en autos, que habría dado lugar a una causa que tramita ante la Unidad Funcional de Instrucción N° 1 de Ezeiza (ver además informe de fojas mencionadas como 150), pienso que en caso de verificarse tal extremo, esa sede deberá también conferir intervención al fuero de excepción, atento la conveniencia de que todos los hechos vinculados con la posible comisión del delito de contrabando, sean juzgados por un solo magistrado (conf. Fallos: 252:152 y Competencia N° 816 L. XL, *in re* “Vivanco Aravena, Carlos Patricio s/contrabando”, resuelta el 3 de mayo de 2005). Buenos Aires, 11 de agosto de 2010. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 21 de septiembre de 2010.

Autos y Vistos:

Por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad, se declara que deberá enviarse el presente incidente al Juzgado de Instrucción de Colón, Provincia de Entre Ríos, para que remita las actuaciones pertinentes a la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, con el fin de que desinsacule el Juzgado que deberá continuar con su investigación –respecto del contrabando, robo y privación ilegal de la libertad–. Hágase saber al Juzgado Federal de Paso de los Libres y a la Unidad Funcional de Instrucción n° 1 de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

DGI (AUTOS NOBLEZA PICCARDO TF 11.388-I)

IMPUESTOS INTERNOS.

Corresponde confirmar la sentencia que revocó las resoluciones por las que se intimó a la actora al pago de la actualización e intereses resarcitorios originados en el ingreso extemporáneo del impuesto interno a los cigarrillos si, ante la falta de toda previsión en el ordenamiento tributario acerca del carácter de la mora del deudor, es posible recurrir a la legislación común para llenar ese vacío y se consideró aplicable la última parte del art. 509 del Código Civil, que exime al deudor de las responsabilidades de la mora cuando prueba que no le es imputable, habiendo actuado la situación económica financiera imperante en el país durante ese período como un caso de fuerza mayor, por lo que los recaudos tomados por la actora tendientes a cancelar sus obligaciones tributarias denotan un obrar diligente.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “DGI (autos Nobleza Piccardo – TF 11.388–I)”

Considerando:

1º) Que la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que revocó las resoluciones de la Dirección General Impositiva por las que se intimó a la actora al pago de la actualización e intereses resarcitorios originados en el ingreso extemporáneo del impuesto interno a los cigarrillos –período 11 al 20 de diciembre de 1989– y del tercer anticipo del impuesto adicional destinado al Fondo Transitorio para Financiar Desequilibrios Fiscales Provinciales (fs. 388/390).

2º) Que para así decidir, la alzada sostuvo que el retardo de la actora en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias no le es imputable, por lo que no corresponde abonar los intereses moratorios liquidados por el organismo recaudador.

En tal sentido, señaló que las obligaciones impositivas del contribuyente vencían el 2 de enero de 1990, que el Gobierno Nacional declaró feriado bancario ese día y el siguiente, que en este último se dictó el decreto 36/90 que ordenó la indisponibilidad de los depósitos y colocaciones bancarias a plazo fijo —en cuanto excedieran la suma de un millón de australes—, que el 12 de enero de 1990 se habilitó el empleo de los fondos inmovilizados para el pago de tributos (decreto 99/90) y que el respectivo mecanismo de pago solo se instrumentó el 17 de dicho mes con el dictado de la comunicación 'A' 1621 del Banco Central.

A ello agregó que la actora demostró desde un comienzo su interés en cancelar sus obligaciones fiscales, ya sea informando al Ministerio de Economía y a la Dirección General Impositiva la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones tributarias debido a la indisponibilidad de fondos dispuesta por el decreto 36/90, ofreciendo su cumplimiento mediante la entrega de Bonex Serie 1989 o bien mediante la autorización de que se liberen los fondos necesarios para hacer frente a aquéllas. Finalmente, ante la falta de respuesta del Poder Ejecutivo procedió a cancelar su deuda en forma inmediata —el 18 de enero de 1990— después de que el Estado decidiera la liberación de los fondos indisponibles.

Por otro lado juzgó que tampoco correspondía la intimación de pago en concepto de actualización monetaria. Al respecto precisó que si bien se ha sostenido que la ausencia de mora no impide su aplicación —en tanto su finalidad es mantener el valor económico real del crédito frente al paulatino envilecimiento de la moneda— puso de relieve que tal razonamiento tiene como premisa la circunstancia de que los ingresos del deudor se incrementaron en la misma medida, en tanto que en el caso sub examine, no surge de la prueba aportada a la causa que los ingresos correspondientes al período de actualización reclamado hubieran sido ajustados por la empresa en una medida similar a la solicitada por el Fisco.

3º) Que contra dicha sentencia la Administración Federal de la Ingresos Públicos dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 398/399) que fue bien concedido por el *a quo* (fs. 432), en tanto se dirige contra una sentencia definitiva, en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 440/451 y su contestación por la actora a fs. 454/464.

4º) Que el Fisco Nacional se agravia de la sentencia apelada sólo en cuanto rechazó su pretensión de actualizar –con sustento en los arts. 115 y sgtes. de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modif.)– los tributos correspondientes al período comprendido entre el 11 y el 20 de diciembre de 1989 ingresados tardíamente por la actora. Al respecto aduce, en lo sustancial, que en materia de créditos tributarios “la actualización no se asocia necesariamente a la mora del deudor ni del acreedor sino al hecho externo del deterioro objetivo del valor de la moneda” (fs. 449 vta.), precisando más adelante que “ninguna de las causas que exoneran la mora ... o el caso fortuito o fuerza mayor ... tienen virtualidad para detener el curso de la actualización porque tales acontecimientos de existir, tampoco pueden detener el curso de la inflación” (fs. 450).

5º) Que, en tales condiciones, cabe destacar que para disponer la exención de los intereses resarcitorios el tribunal *a quo* invocó la doctrina de los pronunciamientos registrados en Fallos: 304:203 y 323:1315, según la cual, ante la falta de toda previsión en el ordenamiento tributario acerca del carácter de la mora del deudor, es posible recurrir a la legislación común para llenar ese vacío, en especial para establecer el contenido del elemento subjetivo –imputabilidad del retardo– que integra también el concepto de ese instituto jurídico. En tal orden de ideas, se consideró aplicable en el campo tributario la última parte del art. 509 del Código Civil, que exime al deudor de las responsabilidades de la mora cuando prueba que no le es imputable.

6º) Que en la sentencia apelada se aseveró que “la situación económico financiera imperante en el país durante el período en examen actuó como un caso de fuerza mayor” y “que los recaudos tomados por Nobleza Piccardo tendientes a cancelar sus obligaciones tributarias denotan un obrar diligente...” (cfr. considerando III, fs. 389/vta). Tales extremos, por lo demás, no se encuentran controvertidos en autos. A su vez, del memorial de agravios del Fisco Nacional, resulta claro que la actualización que reclama tiene su origen en el “ingreso tardío” del tributo (confr. fs. 440 vta., 443, 444 vta., 450 vta., entre otros). De tal manera, resulta claro que el reajuste pretendido por el organismo recaudador en el sub examine tiene un presupuesto generador común con los intereses: la mora del deudor, lo que impide que se los aprecie con un criterio dual (conf. Fallos: 310:903).

7º) Que por consiguiente, al no estar en tela de juicio en esta instancia que la mora no resulta imputable a la actora –lo que determinó la

improcedencia de los intereses— tampoco puede reclamarse válidamente la actualización (confr. art. 509, último párrafo, del Código Civil).

Por ello, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado, por el **Dr. Roque Adalberto Galeano, en calidad de apoderado**, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Mosqueira**.

Traslado contestado por **Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.**, representado por el **Dr. Alberto Tarsitano, en calidad de apoderado**.

Tribunal de origen: **Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

SINDICATO PETROLERO DE CORDOBA (TF 16.492-I) c/ DGI

EXENCION IMPOSITIVA.

Resultan atendibles los agravios si su examen importaría volver sobre cuestiones que ya fueron objeto de debate y decisión en un juicio seguido entre las mismas partes y donde el Tribunal señaló que la actividad del sindicato al prestar servicios hoteleros a terceras personas ajenas no asociadas no se encuentra exenta del impuesto al valor agregado, ya sea que la cuestión se enfoque desde las normas de la ley de ese tributo o bien desde la perspectiva de la ley 23.551, máxime al no haber una diferencia sustancial entre las exenciones previstas en el art. 6°, inc. j, ap. 6 de aquélla y en el art. 39 de ésta, en tanto en ambos ordenamientos tal beneficio no es otorgado a cualquier acto realizado por la entidad sindical, sino solamente a los relacionados en forma directa con sus fines específicos o destinados específicamente a determinadas funciones propias de ellos.

EXENCION IMPOSITIVA.

Si, frente a la ausencia de elementos de convicción en la causa que demuestren lo contrario, es dable concluir que las ganancias que resultan de la prestación

de servicios de hotelería a personas no afiliadas a la entidad gremial conforman una masa de recursos que el sindicato actor, en tanto entidad sin fines de lucro, destina a brindar prestaciones o servicios orientados a mejorar la calidad de vida de los trabajadores afiliados, resulta posible sostener que los servicios de hotelería prestados por la recurrente se relacionan con sus fines específicos, por lo que se hallan comprendidos en la exención prevista en el art. 6º, inc. j, pto. 6 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Sindicato Petrolero de Córdoba (TF 16.492-I) c/ DGI”.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación confirmó en todas sus partes el acto administrativo por medio del cual la AFIP determinó de oficio la obligación del Sindicato Petrolero de Córdoba frente al impuesto al valor agregado por los períodos comprendidos entre abril de 1992 a enero de 1996, liquidó intereses resarcitorios y aplicó multa.

2º) Que para decidir en el sentido indicado consideró que la prestación de servicios realizada por la entidad actora a través de la explotación de su Hotel de la Cañada a terceros no afiliados a ella, no se encuentra comprendida en la exención prevista por el art. 6º, inc. j, punto 6 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. A tal efecto ponderó que se trata de una exención de carácter mixto, en tanto dispensa del tributo a ciertas actividades de los entes aludidos por la norma, y en el caso de las asociaciones sindicales la exención se circunscribe a los servicios realizados por ella “y relacionados en forma directa con sus fines específicos” (fs. 617). Sobre esa base, entendió que los servicios que el Hotel de la Cañada presta a personas no afiliadas al sindicato, con tarifas diferenciadas –mayores que las cobradas a los afiliados– y contabilidad separada de la llevada por la entidad actora, excede de la finalidad propia de esta entidad, y debe ser considerada como una

actividad comercial gravada en los términos del art. 3º, inc. e, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. En síntesis, afirmó que “la explotación del hotel respecto de terceros no afiliados “...” no constituyen operaciones propias del Sindicato, ni autorizan a extender el beneficio de la exención fiscal, sólo admisible en los términos precisos de la ley para la hipótesis en la que el Sindicato actúa en cumplimiento de sus fines propios y no como propietario de un hotel, compitiendo en la actividad económica en cuestión con quienes no gozan de la exención impositiva” (fs. 617).

Asimismo, desestimó las impugnaciones de la actora en lo relativo a la aplicación de los intereses resarcitorios y la multa impuesta por el organismo recaudador.

3º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó tal pronunciamiento. Como fundamento, expresó que compartía el criterio del Tribunal Fiscal en cuanto a que sólo se encuentran exentas las operaciones que reúnan la doble condición de ser efectuadas por un ente exento (Sindicato) respecto de sus afiliados, pero no respecto de terceros no afiliados, habida cuenta de que “en ese caso la entidad sindical y su hotel se comportan respecto de los terceros como cualquier empresa que explota un hotel y paga el correspondiente IVA” (fs. 700 vta.). Agregó que en nada modifica tal criterio la supuesta omisión atribuida al Tribunal Fiscal por no haber considerado la exención tributaria establecida en la ley 23.551 a favor de las entidades gremiales, en la medida que la dispensa de tributos no es sólo subjetiva sino también objetiva, de manera que el beneficio establecido por esa ley es insuficiente para dar sustento a la pretensión de la actora. Por otra parte, en cuanto se refiere a los intereses, la cámara sostuvo que nada agrega la recurrente que pueda variar la conclusión del Tribunal Fiscal de la Nación, toda vez que si el actor se encontraba incurrido en mora debe, en los términos del art. 509 del Código Civil, los intereses por el retraso en el pago de la obligación. Por último, consideró que igual suerte debía seguir la multa aplicada pues, en su concepto, la accionante no había alegado ni probado causa alguna que permitiera eximirlo de esa sanción.

4º) Que contra tal sentencia la actora dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 704/705) que fue bien concedido a fs. 755, en tanto se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en la que la Nación es parte y el valor disputado en último término supera el

mínimo establecido en el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y sus modificaciones, y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 764/797 y su contestación por el organismo recaudador a fs. 800/808.

5º) Que los agravios expuestos ante esta instancia se centran en la exención de toda clase de “gravamen, contribución o impuesto” establecida por la ley 23.551 (art. 39), respecto de los actos y bienes de las asociaciones sindicales con personería gremial destinados al ejercicio específico de las funciones propias previstas en los arts. 5º y 23 de esa ley. En el concepto de la actora, esa exención le resulta aplicable pues si bien la prestación de servicios de hotelería a personas no afiliadas no constituye una finalidad sindical, es un medio lícito de obtener recursos destinados a sus fines específicos. En tal sentido, aduce que la ley que establece la exención no requiere que los actos y bienes de la asociación sindical, para gozar del beneficio, sean específicos de su actividad, sino destinados al ejercicio específico de sus funciones y, en su criterio, tal recaudo se cumple con los ingresos obtenidos a través de la explotación del Hotel de la Cañada.

En ese orden de ideas, sostiene que las disposiciones de la ley específica –de asociaciones sindicales– prevalecen sobre las generales de la ley del IVA, de manera que estas últimas no pueden afectar ni derogar los beneficios establecidos por aquélla, y que tal criterio fue admitido por instrucciones generales impartidas por el organismo recaudador y finalmente, por la ley 25.920 que dejó claramente establecido que las exenciones genéricas dispuestas por las leyes vigentes –entre las que se encuentran la ley 23.551– además de alcanzar al impuesto al valor agregado, priman sobre las disposiciones generales de la ley de ese tributo. Al respecto invoca el precedente “Club 20 de Febrero” (Fallos: 329:4007).

Asimismo se agravia respecto de la aplicación de intereses y multa.

6º) Que en lo relativo a la cuestión de fondo, cabe poner de relieve que la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala B), al pronunciarse en una acción declarativa de certeza promovida por la misma entidad gremial que reviste el carácter de actora en estos autos contra la Dirección General Impositiva, resolvió que “la prestación de servicios hoteleros a terceras personas ajenas, no asociadas, efectuada por

el Sindicato Petrolero de Córdoba a través del Complejo Socio Cultural Hotel de la Cañada, no está comprendida en la exención prevista en el art. 6º, inc. j, ap. 6, de la ley 23.549 y sus modificatorias” (confr. sentencia de fecha 18 de mayo de 2000, requerida como medida para mejor proveer por el Tribunal Fiscal de la Nación a fs. 586 y 594, cuya copia obra fs. 600/609). En los fundamentos de tal sentencia se examinó la procedencia de la exención invocada por aquella entidad no sólo a la luz de la aludida norma de la ley del tributo, sino también en orden a lo dispuesto por el art. 39 de la ley 23.551. Al respecto se señaló –entre otras consideraciones– que si bien esa entidad era “sujeto exento del IVA por poseer personería gremial, tal exención queda circunscripta a aquellos actos y bienes que tiendan al cumplimiento de sus funciones específicas, característica de la que no participa la venta de servicios de hotelería a terceros no asociados por cuanto importan, lisa y llanamente el desarrollo de una actividad comercial sujeta a los albuces (...) propios de aquella, con ganancias y pérdidas” (fs. 602 vta.). De ahí que –como se señala en otro de los votos que integran esa sentencia– aun cuando lo recaudado por tales servicios sea volcado en beneficio de los afiliados, en manera alguna ello puede ser suficiente para convalidar una exención impositiva, “por cuanto la explotación de un hotel trata de una actividad mercantil que se diferencia radicalmente de las actividades propias del gremio” (fs. 607 vta.).

Esa sentencia quedó firme al haber desestimado esta Corte en fecha 27 de febrero de 2001 la queja deducida por el Sindicato Petrolero de Córdoba –causa S.952.XXXVI “Sindicato Petrolero de Córdoba c/ Dirección General Impositiva”– a raíz de la denegación por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba del recurso extraordinario deducido contra aquélla (confr. copia de fs. 610).

7º) Que tal sentencia reviste el carácter de cosa juzgada en orden a que la actividad de la actora a la que se hizo referencia no se encuentra exenta del impuesto al valor agregado, ya sea que la cuestión se enfoque desde las normas de la ley de ese tributo, o bien desde la perspectiva de la ley 23.551, máxime al no haber una diferencia sustancial entre las exenciones previstas en el art. 6º, inc. j, ap. 6 de aquélla y en el art. 39 de ésta, en tanto, en ambos ordenamientos tal beneficio no es otorgado a cualquier acto realizado por la entidad sindical, sino solamente a los relacionados en forma directa con sus fines específicos o destinados específicamente a determinadas funciones propias de ellos. En esa inteligencia, si bien la parte dispositiva de ese pronun-

ciamiento menciona sólo a la respectiva norma de la ley del impuesto, resulta claro de los fundamentos del fallo –con los que constituye una unidad lógico-jurídica– que tal decisión importó asimismo el rechazo de la pretendida exención también con referencia a lo establecido en el art. 39 de la Ley de Asociaciones Sindicales. En consecuencia, resultan inatendibles los agravios vertidos por la actora en la medida en que su examen importaría volver sobre cuestiones que ya han sido objeto de debate y decisión en un juicio seguido entre las mismas partes.

8º) Que no obsta a la expuesto el dictado –con posterioridad a esa sentencia– de la ley 25.920. En efecto, de esa ley –cuyos alcances fueron precisados en la causa “Club 20 de Febrero” (Fallos: 329:4007)– se extrae que la exención establecida en el art. 39 de la ley 23.551 resulta aplicable al impuesto al valor agregado, aunque este tributo no esté específicamente nombrado por aquella norma, como resultaría exigible –a tenor de lo dispuesto por la ley 25.920– para que las exenciones genéricas de impuestos que puedan establecerse en lo sucesivo se consideren comprensivas de aquel gravamen.

Sin embargo, ello carece de relevancia para modificar el resultado del pleito, puesto que –como ya fue señalado– según el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada al que se hizo referencia, los servicios prestados por el Hotel de la Cañada a personas ajenas a esa entidad, no hacen a las funciones específicas de la entidad gremial. Por lo tanto, esa actividad no se encuentra exenta del impuesto al valor agregado, ya sea que la cuestión sea examinada desde la perspectiva de las normas de la ley del impuesto, o bien desde la Ley de Asociaciones Sindicales.

9º) Que respecto a los intereses resarcitorios corresponde remitirse al criterio establecido por esta Corte en el precedente “Citibank” (Fallos: 323:1315, considerando 10) cuya aplicación al caso no resulta desvirtuada por los argumentos de la apelante.

10) Que del mismo modo, en lo atinente a la multa cabe coincidir con lo resuelto en las anteriores instancias, pues no se ha acreditado en autos la existencia de un error excusable, máxime si se tiene en cuenta que los distintos criterios en orden a la normativa aplicable no alteran la conclusión a la que se llega en cuanto a que la actividad desarrollada en el Hotel de la Cañada respecto de personas no afiliadas al sindicato se encontraban alcanzadas por el IVA.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1° al 5° del voto de la mayoría.

6°) Que a los efectos de decidir la cuestión planteada es menester señalar que en el precedente “Club 20 de Febrero” (Fallos: 329:4007), al examinar los alcances de las disposiciones de la ley 25.920, esta Corte confirmó la sentencia de la instancia anterior en la que se sostuvo que la ley que regula al IVA establece, en algunos supuestos, exenciones que tienen en cuenta a las personas que realizan la actividad y no a las prestaciones objetivamente consideradas y, de tal modo beneficia —entre otras— a las obras sociales regidas por la ley 23.660, instituciones, entidades y asociaciones comprendidas en los incisos f, g y m del art. 20 de la Ley de Impuestos a las Ganancias —cuando tales servicios se relacionen en forma directa con sus fines específicos— (art. 7°, inc. h, ap. 6 de la ley 23.349, t.o. 1997).

De esta forma, el Tribunal consideró que una entidad civil sin fines de lucro, con personería jurídica, dedicada a la asistencia social se encontraba exenta de tributar el Impuesto al Valor Agregado por los servicios de bar, restaurante, cantina, salón de té y confitería prestados en su sede social, así como por la locación de sus salones.

7°) Que para examinar el particular caso de la actora, resulta insoslayable destacar la importante función social que cumplen las asociaciones sindicales, a quienes corresponde asegurar el desarrollo económico y social de los trabajadores, misión que no se encuentra limitada a la obtención de mejores condiciones de trabajo o a las reivin-

dicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloba también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social que interesan directamente a los trabajadores (confr. arg. arts. 27 y 29 de los principios y decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., de 1996).

Este rol también ha sido receptado en la ley 23.551, que reconoce como finalidad de las entidades gremiales la defensa de los intereses de los trabajadores vinculados con sus condiciones de vida y de trabajo. Por ello, y para alcanzar tal objetivo la norma las habilita a realizar todas las acciones que contribuyan a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador (confr. arts. 2° y 3°).

En razón de tales previsiones, y frente a la ausencia de elementos de convicción en la causa que demuestren lo contrario, es dable concluir que las ganancias que resultan de la prestación de servicios de hotelería a personas no afiliadas a la entidad gremial conforman una masa de recursos que la actora, en tanto entidad sin fines de lucro, destina a brindar prestaciones o servicios orientados a mejorar la calidad de vida de los trabajadores afiliados.

En este entendimiento, y por aplicación del criterio sentado en el precedente citado en el considerando que antecede, es posible sostener que los servicios de hotelería prestados por la recurrente se relacionan con sus fines específicos, por lo que se hallan comprendidos en la exención prevista en el art. 6°, inc. j, pto. 6 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

8°) Que no obsta a lo aquí expuesto la sentencia dictada por la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba en la causa “Sindicato Petrolero Córdoba c/ D.G.I. s/ ordinario”, en la medida en que dicho pronunciamiento fue emitido con anterioridad a la sanción de la ley 25.920 –que fijó nuevas pautas respecto de las exenciones en materia del impuesto al valor agregado– y al precedente de esta Corte que precisó los alcances de esa normativa.

Por las razones expuestas, se revoca la sentencia apelada y, en consecuencia, se deja sin efecto la resolución AFIP “D– 31/98, cuestionada en estos autos. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el **Sindicato Petrolero de Córdoba**, representado por el Dr. **Horacio D. Díaz Sieiro**.

Contesto el memorial de agravios: el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por la Dra. **María Alejandra Incolla Garay**.

Tribunal de origen: **Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

ALBERTO MIGUEL BRUERA c/ ESSO S.A.P.A.

MARINA MERCANTE NACIONAL.

Cabe confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del decreto 2733 –que dispuso la prórroga del decreto 1772/91, por el cual fue modificado sustancialmente el régimen legal de la marina mercante– e hizo lugar a la demanda por diferencias en el cálculo de la indemnización por despido, pues la situación de crisis oportunamente invocada en el año 1991 para justificar el dictado del decreto 1772 –sobre cuya validez constitucional no resulta necesario pronunciarse– fue superada en 1993, año en el que se emitió la norma cuestionada.

MARINA MERCANTE NACIONAL.

Si desde una posición amplia se entendiera que los reglamentos de necesidad y urgencia no requerían para su validez –antes de la reforma constitucional de 1994– de la aprobación expresa del Congreso, no podría sostenerse la validez del decreto 1772/91, por cuanto no ha existido pasividad alguna sino, por el contrario, un específico rechazo del mencionado decreto por parte de la Cámara de Diputados que, el 27 de noviembre de 1991, resolvió pedir al Poder Ejecutivo su derogación, sobre la base del informe de sus comisiones de Transporte y de Industria (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

–Del su disidencia en el precedente “Sallago” (Fallos: 319:2267), al que remitió–.

MARINA MERCANTE NACIONAL.

Dado que la falta de ratificación legislativa del decreto 1772/91 –por el cual fue modificado sustancialmente el régimen legal de la marina mercante– lo privó de eficacia, presentó en su génesis una anomalía que lo descalificó en los términos que la Ley Suprema que regía al tiempo de su entrada en vigencia, por lo que corresponde declarar carentes de validez sus disposiciones en la medida en que

han provocado un menoscabo a los derechos laborales del actor, por obra de las disposiciones ulteriores que, al mantener incólume ese régimen viciado disponiendo sucesivas prórrogas (decretos 2094/93 y 2733/93), han devenido igualmente inválidas (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra el decisorio de la Sala II, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Capital Federal, que confirmó la sentencia del Inferior e hizo lugar a la demanda incoada por el actor, con fundamento en la inconstitucionalidad del decreto 2733/93, el accionado interpuso recurso extraordinario federal, el que contestado por la actora, fue concedido por la Alzada, por considerar configurados en la especie los supuestos que habilitan su admisibilidad, de conformidad con lo normado por los artículos 14 y 15 de la ley 48 (v. fs. 397/402, 363/366, 407/415, 418/426, 428).

– II –

En cuanto a los antecedentes del caso creo conducente poner de resalto que el actor, inició demanda ante el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo N° 53, contra Esso S.A.P.A., y le reclamó una suma de dinero en concepto de diferencias indemnizatorias, supuestamente adeudadas. Asimismo petitionó la inconstitucionalidad del decreto 1772/91 y sus complementarios. Fundó su derecho en lo normado por el Código de Comercio, leyes 17.371 y 17.823, en la ley de Contrato de Trabajo, en Convenio Colectivo N° 370/71, jurisprudencia del fuero y doctrina autorizada –v. fs. 9/54–.

A fojas 68/80, contestó demanda la accionada, quien negó todos y cada uno de los hechos denunciados, como así también el derecho invocado por el accionante. Manifestó que el actor se desempeñó bajo la modalidad de contrato de ajuste, opción que efectuó voluntariamente en el marco de lo normado por el decreto 1772/91 y sus prórrogas, cuya inconstitucionalidad sostuvo. Refirió también que una vez fenecido el

último de los contratos celebrados, se dispuso de común acuerdo no renovarlo, abonándosele la indemnización pactada, en el marco de la normativa vigente.

El Magistrado de Primera Instancia dictó sentencia a fojas 363/366, haciendo lugar al reclamo del actor, y declarando en sus considerandos la inconstitucionalidad del decreto 2733/93, mediante el cual se prorrogó, a su criterio, sine die la vigencia del decreto 1772/91, cuya constitucionalidad sostuvo, ha sido convalidada por V.E. en reiterada jurisprudencia, por lo que cabe respecto del mismo, acatarlo moralmente.

A fojas 373/376 apeló el accionado la sentencia del Juez de grado, la que fue confirmada en todos sus términos por la Alzada –v. fs. 397/402–. Sostuvo la Cámara que si bien el decreto 1772/91 fundamento del decreto 2733/93, se dictó mediando una situación de emergencia que justificó el ejercicio del poder de legislar reservado al Poder Legislativo, el plazo de duración no puede fijarse sine die, en el marco de la nueva Constitución, vigente a la fecha del cese de la relación laboral. En tal sentido refiere, que la vigencia del decreto caducó, al no haber sido convalidado a través de una ley del Congreso. Sostener lo contrario implicaría violentar normas de carácter constitucional.

Contra dicho pronunciamiento, el demandado dedujo recurso extraordinario federal, el que contestado por la actora, fue concedido conforme lo señalado ab initio –v. fs. 407/415, 418/426, 428–.

– III –

El quejoso reprocha arbitrariedad en la sentencia. Sostuvo que la resolución del *a quo* al declarar la inconstitucionalidad del decreto 2733/93 implicó dar por tierra con la finalidad perseguida y obtenida con la sanción del decreto 1772/91, cuya constitucionalidad ya había sido declarada por V.E. en la causa “Sallago, Alberto c/ Astra C.A.P.S.A. s/ despido”, lo que a su criterio constituye un acto de gravedad institucional suprema, que pone en juego la seguridad jurídica ofrecida por el Estado.

Asimismo se agravia en cuanto el *a quo* consideró aplicable a los contratos de ajuste la legislación argentina vigente en materia laboral, para los casos de despido incausado, cuando no hubo tal, sino, una cesación del contrato de plazo determinado, en el cual se había acor-

dado abonar, para el supuesto en que no se renovara, la indemnización prevista en el artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, que su parte efectivizó oportunamente.

Por último, se agravia de que la Alzada sostenga que el decreto 2733/93 no se ajusta a los requisitos determinados por el Alto Tribunal, para justificar su sanción como de emergencia, con lo cual estimó, violentó las garantías constitucionales previstas por los artículos 14 bis, 16, 76 y 99 inc. 3.

– IV –

En primer término, cabe señalar, que tanto el contenido de la sentencia recurrida, como el tenor de los agravios vertidos en su contra, encuadran, en virtud de su índole federal, en el supuesto del artículo 14, inciso 1º de la ley 48; además, dado que la apelación cumple con los requisitos del artículo 15 de dicha norma, considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible.

En tal sentido, entiendo, que la causa sub examine resulta en los substancial análoga a la doctrina sentada por V.E. en autos: “Sallago, Alberto Asdrúbal c/ Astra C.A.P.S.A. s/ despido” –Fallos: 319:2278–, que declaró la constitucionalidad del decreto 1772/91, y por ende la de su decreto de prórroga 2733/93, el cual, en oportunidad de dictar V.E. el aludido fallo ya se encontraba integrado al primero, al cual me remito *brevisatis causae*.

Asimismo, en cuanto al razonamiento del juzgador que sostiene la invalidez de la norma del Poder Ejecutivo Nacional, que en autos se cuestiona, con fundamento en que al tiempo de dictarse la sentencia, la misma no se encontraba ratificada por el Congreso Nacional, cabe recordar la doctrina de Fallos: 313:1513 –autos: “Peralta c/ Nación Argentina”–. En tal sentido, V.E. ha establecido que si el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra habilitado a dictar los llamados “decretos de necesidad y urgencia” –circunstancia aceptada por la doctrina mayoritaria, en el marco de la anterior Constitución– con la sola sujeción de enviarlo a posteriori para su ratificación al Congreso, cumplido este trámite y remitido para su consideración a dicho Poder Legislativo, necesidades esenciales de prudencia y seguridad jurídica a que me refiero, imponen entender que dicha norma mantiene su primigenia y aceptada validez hasta que el Congreso no la derogue de manera

expresa y no que, como a mi juicio lo consagra equivocadamente el sentenciador, cuadre inferir su invalidez y así decretarla, por parte del Poder Judicial, con fundamento en que feneció el plazo para que el Legislativo trate y promulgue el proyecto.

En rigor, de acuerdo con el precedente citado, es a este último a quien le compete el poder constitucional de legislar y mientras de modo expreso no les quite legitimidad a las reglamentaciones que en supuestos de urgencia pudo válidamente decretar el Ejecutivo, V.E. interpretó que implícitamente el legislador está extendiendo y convalidando su vigencia.

Más aún cuando el decreto 2733/93, cuya inconstitucionalidad ratificó en sus considerandos la Alzada, fue dictado con anterioridad a la vigencia de la nueva Constitución, y por ende dentro de las facultades que la Carta Magna le atribuían al Ejecutivo, por lo que el silencio posterior, en el marco de la doctrina V.E., debe entenderse como el de una tácita convalidación y por ende vigente a la fecha.

Asimismo, cabe señalar que el citado decreto, resulta parte integrante del 1772/91, toda vez que compuesto de un solo artículo, solamente prorroga la vigencia de éste último, por lo que en lo substancial resulta aplicable a las actuaciones, lo dispuesto por V.E. en doctrina de Fallos: 319:2267, en cuanto a la validez constitucional que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado en la materia.

En tales condiciones, entiendo que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida con el aludido alcance. Buenos Aires, 18 de Septiembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Bruera, Alberto Miguel c/ Esso S.A. P.A. s/ despido”.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar el fallo de la instancia anterior, declaró la inconstitucionalidad del decreto 2733/93 –en cuanto dispuso la prórroga del régimen legal creado por el decreto 1772/91– y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda por diferencias originadas en el cálculo de la indemnización por despido. Contra ese pronunciamiento la demandada interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido sólo en cuanto se debatía la interpretación de normas federales.

2º) Que para así decidir el tribunal consideró que el decreto en cuestión conducía a suspender indefinidamente los derechos del trabajador sin justificación alguna, en razón de que la regulación de emergencia cuestionada sólo tenía por finalidad la de prorrogar el régimen instituido por el decreto 1772/91. Finalmente, la cámara resolvió que la disposición impugnada no se ajustaba a la doctrina establecida por esta Corte en la materia, ya que no se había considerado lo dispuesto en los arts. 14 bis, 16, 76 y 99 de la Ley Fundamental.

3º) Que la recurrente se agravia porque sobre la base de una exégesis inadecuada de la Constitución Nacional, la cámara declaró la invalidez del decreto cuestionado. La recurrente insiste en que –según su criterio– la interrupción de la excepción prevista en el decreto 1772/91, prorrogada por el decreto 2733/93, importaría consecuencias irreparables a la economía nacional y a los sectores de la producción y del trabajo.

4º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en cuanto se han cuestionado la interpretación y el alcance de las normas federales y los actos de autoridad nacional (decreto 2733/93) y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1º, de la ley 48). Corresponde tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones de las partes ni de la cámara (Fallos: 312:529).

5º) Que cabe señalar que el 6 de agosto del 2004 el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1010/04, que derogó los decretos 1772/91, 2094/93 y 2733/93. En los considerandos de la norma citada en primer término, el Poder Ejecutivo señaló que la transitoriedad del régimen estable-

cido por el decreto 1772/91 estaba limitada por la futura sanción de un cuerpo legal único que permitiera el desarrollo de la marina mercante nacional en el orden local y regional, la inserción en los tráficos internacionales y su relación con la fuerza del trabajo, dentro de un concepto de competitividad que asegure el empleo para la mano de obra nacional. Se alegó, además, que dicho régimen no había obtenido los resultados deseados, por lo que era urgente y necesario organizar el comercio y la navegación sobre la base del principio de equidad que tuviera en cuenta la pluralidad de intereses nacionales.

6º) Que la derogación del decreto cuestionado no significa la pérdida del interés de las partes en el litigio, ya que los efectos que se invocan tuvieron lugar en una oportunidad precisa —el distracto de la relación laboral ocurrido el 12 de febrero del año 1999—, circunstancia en que la norma cuestionada estaba vigente.

7º) Que en el *sub lite* se discute si el decreto 2733/93 que dispuso la prórroga del decreto 1772/91 —por el cual fue modificado sustancialmente el régimen legal de la marina mercante— reúne las condiciones que este Tribunal estableció para la validez de los “decretos de necesidad y urgencia” dictados con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

Al respecto, y en lo que se refiere a la necesidad y urgencia, esta Corte oportunamente manifestó que, en el ámbito de la llamada “legislación de emergencia”, la validez constitucional de un decreto de aquellas características se encontraba condicionada a la existencia de una situación de grave riesgo social frente a la cual haya existido la necesidad de adoptar medidas súbitas cuya eficacia no es concebible por el trámite ordinario previsto en la Constitución para la sanción de las leyes (conf. doctrina de Fallos: 313:1513).

8º) Que, desde esa perspectiva, más allá de la mera invocación de una situación de crisis en la marina mercante, de las constancias de la causa no surge que haya existido una situación de grave riesgo social que tornara necesario la adopción de medidas inmediatas como la cuestionada en el *sub lite*. Por lo demás, esta conclusión se encuentra corroborada en los considerandos de la norma puesta en cuestión, en los que el Poder Ejecutivo admitió que “...[el decreto 1772/91 permitió superar la difícil coyuntura que significaba la casi imposibilidad de competir a nuestra marina mercante]” y que “...[tal como se esperaba en el momento de su dictado, trajo beneficios inmediatos a la econo-

mía argentina]”, para agregar que “[la medida adoptada por el Poder Ejecutivo Nacional, al dictar el decreto 1772/91, trajo la solución deseada]”.

De ello se desprende, que la situación de crisis que oportunamente en el año 1991 fue invocada para justificar el dictado del decreto 1772/91 –sobre cuya validez constitucional no resulta necesario en el caso pronunciarse–, había sido superada en 1993, año en el que se emitió la norma aquí cuestionada.

9º) Que lo expuesto basta para confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró la inconstitucionalidad del decreto 2733/93.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma el fallo apelado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que confirmó el fallo de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del decreto 2733/93 –que dispuso la prórroga del régimen creado por el decreto 1772/91– y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda de diferencias en indemnizaciones por despido, la demandada dedujo recurso extraordinario federal, que fue concedido.

Que, en tales condiciones, resulta aplicable al caso la doctrina establecida en la causa “Sallago” –disidencia del juez Petracchi– (Fallos:

319:2267), ya que el primero de los decretos citados se limita a prorrogar el régimen impuesto por el decreto 1772/91.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 397/402), confirmó la sentencia dictada en primera instancia que –por un lado– había declarado la invalidez constitucional del decreto 2733/93, en cuanto dispuso la prórroga del régimen legal creado por el decreto 1772/91 con el objeto de conjurar la situación de emergencia en que se hallaba la Marina Mercante Nacional, y –en consecuencia– había condenado a pagar la indemnización por despido correspondiente a los conceptos de antigüedad y de diferencias adicionales. Contra tal pronunciamiento el vencido dedujo el recurso extraordinario de fs. 407/415, que fue contestado por el demandante a fs. 418/426 y concedido por el tribunal *a quo* a fs. 428.

2º) Que para decidir de tal modo, el tribunal *a quo* sostuvo que la prórroga *sine die* dispuesta por el decreto 2733/93 importaba suspender indefinidamente los derechos del trabajador sin justificación alguna, pues al momento del dictado de la norma, el propio Poder Ejecutivo señaló –en los considerandos pertinentes– que a esa fecha la situación de necesidad económica que afectaba a la Marina Mercante Nacional estaba subsanada. Así, –prosiguió la cámara– la única razón de ser de la regulación de emergencia cuestionada era la de prorrogar el régimen instituido por el decreto 1772/91, por lo que “...había mediado una mutación de la razón de emergencia justificativa del ejercicio excepcional por parte del Poder Ejecutivo de funciones legislativas, en la medida en que [aquella] no tiene por objeto salvaguardar la estructura económica del sector con la consecuente incidencia en el bienestar de la comunidad

trabajadora, sino que obedece a la falta de una legislación emanada del poder legislativo”. Finalmente, indicó que el decreto 2733/93 no se ajustaba a la doctrina establecida por esta Corte en la materia, por lo que se violentaban las previsiones constitucionales de los arts. 14 bis, 16, 76 y 99, inc. 3°, de la Ley Fundamental.

3°) Que el apelante solicita la descalificación de lo decidido en punto a la declaración de inconstitucionalidad del citado decreto. Además, tacha de inválida la sentencia por cuanto el tribunal *a quo*: a) dejó de lado la aplicación del decreto 1772/91, cuya constitucionalidad fue declarada por la Corte Suprema en el precedente que invoca; b) circunscribió su fallo a la consideración de la prórroga del decreto 1772/91 mediante el decreto 2733/93, omitiendo tratar argumentos oportunamente expresados por su parte y sin tener en cuenta que la actora –en su demanda– cuestionó la legitimidad del decreto 1772/91; c) interpretó de manera incongruente la Constitución Nacional en su anterior redacción y la resultante de la reforma de 1994. Invoca finalmente la existencia en el caso de gravedad institucional, toda vez que –a su juicio– la interrupción de la excepción prevista en el decreto 1772/91, prorrogada por el decreto 2733/93, traería consecuencias irreparables a la economía nacional y a los sectores de la producción y del trabajo.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues el apelante impugna la validez de disposiciones federales –decreto 1772/91 y sus prórrogas– por ser violatorias de los arts. 14, 14 bis, 17 y 18 de la Constitución Nacional y la decisión ha sido contraria a los derechos que se sustentaron en las citadas garantías.

No es un óbice al juicio de constitucionalidad que se persigue la circunstancia de que los reglamentos referidos hayan sido derogados –mediante el decreto 1010/04, del 6 de agosto de 2004– ya que ello no implica pérdida del interés de las partes en el litigio, en tanto los efectos nocivos que la demanda entablada en autos buscó remediar, tuvieron lugar durante su efectiva vigencia.

5°) Que el reproche constitucional se encamina, en lo substancial, a cuestionar el régimen establecido en el decreto 1772/91, mediante el cual, el Poder Ejecutivo Nacional, con invocación de las atribuciones conferidas por el art. 86, incs. 1° y 2°, de la Carta Constitucional –anterior a la reforma de 1994– y de la necesidad de contar con un instrumento apto para paliar el peligro de total extinción de la flota

mercante argentina, reglamentó una opción que alteró la vinculación laboral de la tripulación de los buques comprendidos en el sistema. Al respecto y, en lo que al caso interesa, el mencionado decreto autorizó el “cese de bandera provisorio” –inicialmente, por el plazo de dos años– a los propietarios de buques o artefactos navales inscriptos o que se inscribieran en la Matrícula Nacional (arts. 1º, 2º y 3º). El buque o artefacto naval que se acogiese a tal régimen debía ser tripulado por argentinos, en caso de optar las tripulaciones en tal sentido. El personal podía solicitar licencia sin goce de haberes por plazo de dos años hasta la reincorporación del buque o artefacto a la Matrícula Nacional, o acogerse al régimen de despido previsto en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 7º). Sin perjuicio de ello, el personal que solicitase licencia sin goce de haberes podía, asimismo, formar parte de la tripulación (art. 8º). En tal caso, el tripulante podía ser empleado por el operador del buque durante el plazo de vigencia del régimen de excepción. El armador, no obstante, podía prescindir de sus servicios mediante la indemnización contemplada en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya citado. En el primer supuesto, el régimen de trabajo a bordo y las condiciones salariales se regirían por un contrato laboral celebrado de conformidad con el régimen legal del nuevo registro de matrícula entre el operador del buque y el tripulante (art. 9º). Al finalizar el período de inclusión del buque en el sistema excepcional, los tripulantes que hubieran optado por el pedido de licencia sin goce de haberes, deberían ser reincorporados al plantel de personal de la empresa armadora (art. 10).

6º) Que el decreto 1772/91 fue dictado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que incorporó la facultad excepcional y limitada del presidente de la Nación de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, párrafo tercero, de la Ley Fundamental), recientemente reglamentada mediante la ley 26.122 (Boletín Oficial del 28 de julio de 2006), por lo que el control de constitucionalidad debe hacerse según las normas fundamentales vigentes al tiempo de la aplicación de las disposiciones impugnadas.

7º) Que, esta Corte, en su actual integración, no suscribe la doctrina del precedente “Sallago” (Fallos: 319:2267) en que la recurrente apoya su postura acerca de la cuestión constitucional ventilada en la causa.

Cabe recordar que la controversia acerca de la legitimidad de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo por razones de necesidad y

urgencia durante el período previo a 1994 se originó, justamente, en virtud de la ausencia de una previsión específica sobre el punto en el texto de la Constitución Nacional. Una tesis estricta ha sostenido, al respecto, que la subsistencia de ese tipo de medidas gubernamentales –en tanto abordaran materias propias de la competencia legislativa constitucionalmente establecida– dependía siempre de la expresa aprobación ulterior del Congreso. En ese sentido, en el precedente “Video Club Dreams” (Fallos: 318:1154 –votos concurrentes de los jueces Petracchi, Bossert y Belluscio–) quedó expuesto que ni el espíritu ni la letra del dispositivo constitucional anterior a la reforma de 1994 –inspirado en el modelo norteamericano–, admitía la validez del dictado por el presidente de la Nación de normas que invadieran áreas de competencia legislativa. La actual máxima contenida en el art. 99 de la Carta Constitucional, con cuya introducción el constituyente de la década pasada procuró llenar el vacío normativo existente, ha recogido, sin lugar a dudas, esa línea interpretativa al fulminar con “pena de nulidad absoluta e insanable” la emisión por parte del Poder Ejecutivo de disposiciones de carácter legislativo, a excepción de aquellas dictadas en circunstancias excepcionales, en las condiciones, y bajo el sometimiento a un procedimiento especialmente previsto.

8º) Que examinado el decreto 1772/91 desde el enfoque estricto a que se viene haciendo referencia, se advierte que la invocación, en sus considerandos, del inc. 1º del art. 86 de la Ley Fundamental (hoy inc. 1º del art. 99), resulta insuficiente para avalar la actuación del titular del órgano administrador con el alcance pretendido, pues las calidades conferidas por el precepto como “jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración del país”, no involucran potestades de carácter legislativo sobre materias –como las regladas en el decreto impugnado– que, como principio, son de resorte exclusivo del Congreso de la Nación (art. 67, hoy 75). Tampoco da sustento doctrinal adecuado al despliegue de las controvertidas facultades legislativas, la cita –efectuada también en los considerandos de la norma– de las ideas de Joaquín V. González y de Rafael Bielsa, puesto que tales autores fueron contestes en exigir la ulterior aprobación por el Congreso para que los decretos emitidos en esas condiciones tuvieran fuerza de ley.

Por lo tanto, tras el análisis de la cuestión con un enfoque restrictivo, no cabe sino concluir en el sentido de que la falta de ratificación legislativa privó de eficacia al decreto 1772/91 (conf. Fallos: 319:2267, disidencias de los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert).

9º) Que otra posición, asumida por los autores y por la jurisprudencia también antes de la reforma de 1994, sostenía que las disposiciones del tipo que aquí se cuestiona no requerían para su validez de la confirmación expresa del Poder Legislativo, por lo que bastaba su silencio o pasividad para considerarlos legítimos. Desde esta perspectiva, sin embargo, tampoco podría sostenerse la vigencia del decreto 1772/91 por cuanto el Congreso de la Nación no mostró mutismo ni “pasividad” ante la medida sino, por el contrario, dio una clara manifestación de rechazo al exigir su derogación al Poder Ejecutivo mediante una formal decisión de una de sus Cámaras (Cámara de Diputados de la Nación, 27 de noviembre de 1991, pág. 4817 y precedente supra citado). Por lo demás, el hecho de que esa declaración, adversa a la subsistencia del decreto, haya tenido lugar poco tiempo después de su entrada en vigencia (nótese que el decreto había sido publicado en el Boletín Oficial del 6 de septiembre de 1991) es demostrativo, no sólo del interés que el cuerpo legislativo tenía en la problemática abordada por aquella normativa sino, también, de que la regulación correspondiente pudo haber sido el fruto de un debate que, abierto ante la cámara que formuló la denuncia, se encauzase seguidamente mediante el procedimiento normal de formación y sanción de las leyes, lo cual deja sin justificativos la utilización de vías extrañas a la constitucionalmente prevista, como aconteció.

10) Que se desprende de lo examinado, pues, que el decreto 1772/91 presentó en su génesis una anomalía que lo descalificó en los términos de la Ley Suprema que regía al tiempo de su entrada en vigencia. En consecuencia, corresponde declarar carentes de validez sus disposiciones en la medida en que han provocado un menoscabo a los derechos laborales del actor, por obra de las disposiciones ulteriores que, al mantener incólume ese régimen viciado disponiendo sucesivas prórrogas (decretos 2094/93 y 2733/93), han devenido igualmente inválidas.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se confirma la sentencia y se declara la inconstitucionalidad del decreto 1772/91 y sus prórrogas establecidas por decretos 2094/93 y 2733/93. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por **ESSO S.A.P.A.**, representada por la Dra. **Myriam Irene Leyro**, con el patrocinio letrado del Dr. **Diego Esteban Chami**. Traslado contestado por **Alberto Miguel Bruera**, representado por el Dr. **Edgardo Ramón Gigena**, con el patrocinio letrado del Dr. **Arturo Octavio Ravina**. Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II**. Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 53**. Ministerio Público: **Dictaminó el Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás E. Becerra**.

RICARDO SZELAGOWSKI c/ ESTADO NACIONAL – AFIP

IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda promovida con el objeto de que se declare que las remuneraciones que percibe el actor como Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires se encuentran exentas del impuesto a las ganancias, ya que el *a quo* no pudo válidamente rechazar la pretensión sin dar adecuada respuesta a los principales argumentos desarrollados, en particular la equiparación de sus remuneraciones con las del Procurador General de la Suprema Corte de la Provincia y las garantías de independencia e inamovilidad que le otorgan las normas locales en términos similares a las previstas por los jueces.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 143/146 vta., la Sala Tercera de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, al revocar la decisión de la instancia anterior rechazó la presente acción declarativa promovida por Ricardo Szelagowski en su carácter de Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires, en la que solicitó que se despejara la incertidumbre existente con respecto a su situación frente al impuesto a las ganancias, establecido por la

ley 20.628 y sus modificaciones, declarando que no debe tributar ese gravamen por su remuneración en dicho cargo.

Para así decidir, en primer término, mencionó las normas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que regulan la figura del Fiscal de Estado en cuanto a su misión, funciones y condiciones para desempeñar el puesto (art. 155); nombramiento (art. 144, inc. 18); y remoción (arts. 73, 79 y 80). Así, concluyó que se trata de un funcionario que, por tener atribuida la tarea de impugnar en sede judicial ciertos actos del Poder Ejecutivo provincial, resulta ajeno a éste, configurando un organismo constitucional de carácter local que actúa para ejercer un control independiente.

Recordó que la ley 24.631 –entre otras modificaciones que introdujo en el gravamen aquí en trato– derogó el inc. p) del art. 20 de la ley 20.628, que establecía la exención de los emolumentos de los jueces y otros funcionarios judiciales nacionales y provinciales. Por ende, la diáfana formulación de la norma, a juicio de la Cámara, excluye toda duda razonable sobre la subsistencia del régimen anterior, sin que le pueda ser reprochada al Congreso Nacional la derogación, a menos que contradiga alguna disposición constitucional, circunstancia que no se aprecia en el caso.

Añadió que, de acuerdo con las normas locales ya citadas, ese funcionario no integra el poder judicial ni puede ser equiparado a los jueces, razón por la cual no puede gozar de la protección constitucional de sus remuneraciones. En tal sentido, tampoco está abarcado por la acordada 20/96 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la cual ese Tribunal interpretó la disposición contenida en el art. 110 de la Constitución Nacional.

Puntualizó que no invalida la conclusión arribada el hecho de que en otras provincias exista también un Fiscal de Estado, y que éste forme parte de su respectivo Poder Judicial y que goce de la exención en el gravamen. El principio de igualdad no se ve ofendido porque haya un tratamiento dispar en la regulación de una institución típicamente local como la que aquí está en debate, ya que nuestra organización federal permite que cada Provincia dicte para sí una constitución y se dé sus propias instituciones para regirse por ellas (arts. 1º, 5º y 122 de la Constitución Nacional).

Sin perjuicio del resultado al que arribó, dejó a salvo que éste no implica ignorar la relevante misión institucional asignada por el ordenamiento local al Fiscal de Estado.

– II –

Disconforme con lo resuelto, el actor interpuso el recurso extraordinario que obra a fs. 152/165.

Señaló que luego del dictado de la ley 24.631, que derogó el mentado inc. p) del art. 20 de la ley 20.628, quedó sin efecto la exención legal de la que gozaban los jueces y funcionarios judiciales, tanto nacionales como provinciales, como asimismo los miembros de tribunales de cuentas y de los tribunales fiscales. Sin embargo, la Corte Suprema dictó la acordada 20/96, declarando la inaplicabilidad del art. 1º de la ley citada en primer término, para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación, y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo lo propio mediante la acordada AA 1.012/96 para su jurisdicción.

Expresó que de la independencia de quien tiene la defensa del patrimonio del Fisco provincial en todos aquellos asuntos en que se controviertan los intereses del Estado local se deriva la intangibilidad de sus remuneraciones. En esta línea, realizó una serie de extensas consideraciones sobre la figura del Fiscal de Estado en la Provincia de Buenos Aires, cuyas raíces se remontan, según sostuvo, al derecho colonial español. Dijo que esta institución fue luego recibida por la mayoría de las demás provincias.

Tildó de arbitraria la sentencia de la Cámara, en tanto omitió considerar que su cargo está equiparado al de Procurador General de la Provincia, situación que lo relaciona con el Ministerio Público local, a tenor de lo dispuesto por las leyes provinciales 7.543 y 11.401. Recalcó que, a pesar de su ubicación dentro del texto de la Constitución provincial, no integra los cuadros del Poder Ejecutivo y que nada impide considerarlo como un funcionario judicial de los que menciona el art. 20, inc. p), de la ley 20.628.

Añadió que en otras provincias sus Fiscales de Estado, que desempeñan funciones similares, reciben un tratamiento diverso frente al gravamen. Ejemplificó con el caso de la Provincia de Mendoza, cuyo

Fiscal de Estado forma parte del Poder Judicial y cuya remuneración no sufre disminución por el gravamen.

En conclusión, sostuvo que la sentencia apelada le causa un agravio a sus derechos, por contravenir las garantías de igualdad, propiedad y razonabilidad, reconocidas en los arts. 16, 17 y 28 de la Carta Magna.

– III –

A fs. 172, la Cámara concedió la apelación extraordinaria por considerar que se halla en juego la interpretación y el alcance de normas de carácter federal (ley 20.628 y su modificatoria 24.631).

– IV –

A mi modo de ver, en autos no se halla en discusión el alcance de la garantía institucional del art. 110 de la Constitución Nacional sino solamente si el Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires integra el Poder Judicial de dicha jurisdicción.

En tales condiciones, cabe recordar que es inveterada la doctrina de la Corte en cuanto a que el respeto de las autonomías provinciales exige que se reserve a sus magistrados el conocimiento y decisión de las causas que, en lo esencial, versan sobre aspectos propios del derecho público local, sin perjuicio, desde luego, de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por vía del recurso extraordinario (arg. Fallos: 311:1428, 312:943, 313:548, 314:810, entre otros). Entiendo que esta conclusión no se ve afectada en el presente caso por la circunstancia de que el tribunal que ha emitido el fallo pertenezca a la órbita federal, toda vez que su intervención se ha dado en virtud de las personas, ya que la parte demandada es el Estado Nacional.

También tiene dicho el Tribunal que la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiende a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les son privativas, ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ya que sólo admite los supuestos de desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 324:3421; 3494; 4123; 4321).

Sobre la base de tales premisas, entiendo que el recurso aquí planteado resulta inadmisibles pues, para rechazar la pretensión del actor, la Cámara dio fundamentos de hecho, prueba y derecho público local que acuerdan –en mi criterio– sustento suficiente a lo resuelto, sin que las discrepancias del recurrente resulten eficaces para habilitar la vía excepcional intentada.

En efecto, advierto que dilucidar si el Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires resulta ser o no integrante de su Poder Judicial –y, por ende, un organismo susceptible de quedar amparado por la garantía de la intangibilidad del art. 110 de la Constitución Nacional involucra exclusivamente la interpretación de normas de derecho público local, realizada discretamente por el superior tribunal de la causa sin que, a mi juicio, haya habido mácula alguna de arbitrariedad a su respecto.

En tales condiciones, creo que el pronunciamiento impugnado se sustenta en normas de derecho público local, razonablemente interpretadas, cuyo error o acierto no corresponde juzgar a la Corte sin alterar su cometido fundamental de tribunal de garantías constitucionales (Fallos: 314:1687; 320:1717), máxime cuando no se advierte un grosero apartamiento de la solución normativa prevista para el caso o un defecto grave en su fundamentación (Fallos: 207:72; 301:1218; 303:386; 304:469).

– V –

En atención a lo expuesto, opino que corresponde declarar mal concedido el recurso de fs. 152/165. Buenos Aires, 1 de febrero de 2010.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Szelagowski, Ricardo c/ Estado Nacional – AFIP s/ acción declarativa de certeza”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, al revocar lo decidido en la anterior instancia, rechazó la demanda promovida por el doctor Ricardo Szelagowski con el objeto de que se declare que las remuneraciones que percibe como Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires se encuentran exentas del impuesto a las ganancias.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal de alzada señaló, en primer lugar, que la ley 24.631 –en lo que interesa– derogó la exención que el inc. p del art. 20 de la ley 20.628 –del impuesto a las ganancias– consagraba para las remuneraciones de los jueces nacionales y provinciales. Tras ello, juzgó que la acordada 20/96 –por la que esta Corte declaró que la norma que eliminó esa exención era inaplicable para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación– no favorecía al demandante, en tanto, sin desconocer la relevante función institucional confiada por el ordenamiento local al Fiscal de Estado, éste no integraba el Poder Judicial, de manera que no se encontraba comprendido en la aludida exención, máxime teniendo en cuenta que esa clase de normas “deben ser objeto de una interpretación estricta”. Por otra parte, entendió que no se vulnera el principio de igualdad por la circunstancia de que los fiscales de estado de otras provincias no abonen el impuesto a las ganancias, pues tal diversidad “no es sino consecuencia de la organización federal del país” (fs. 146 vta.), que permite “el tratamiento dispar en la regulación de una institución típicamente local, como lo es, el Fiscal de Estado” (fs. 145 vta./146).

3º) Que contra tal sentencia el actor dedujo recurso extraordinario que fue concedido mediante el auto de fs. 172 en razón de encontrarse en juego el alcance e interpretación de normas de carácter federal, como lo son la ley 20.628 del impuesto a las ganancias y su modificatoria 24.631. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que según conocida jurisprudencia del Tribunal, si el recurrente plantea agravios con sustento en la doctrina de arbitrariedad, éstos deben ser considerados en primer término pues de ser admitida la existencia de ese vicio en el pronunciamiento, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 327:4227 y 5751; 328:911, entre muchos otros). Tal situación se presenta en el sub examine, en lo relativo a la arbitrariedad que el recurrente atribuye al fallo por haber prescindido de considerar la equiparación del Fiscal de Estado con el Procurador General y por haber efectuado una

interpretación “distorsionada” y “parcializada” de las normas locales relativas al Fiscal de Estado.

4°) Que tal como surge de la reseña efectuada, el modo en que el accionante fundó su pretensión hacía imprescindible, para una adecuada decisión del pleito, establecer el carácter que reviste el Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires dentro de la organización de las instituciones de esa provincia.

Al respecto cabe puntualizar que la posición sostenida por el actor a lo largo del pleito se funda en la relevancia institucional de la magistratura que ejerce y en las garantías de independencia y estabilidad de que goza en sus funciones, lo que permitiría equipararlo, en su concepto, a un funcionario judicial en cuanto a la intangibilidad de sus remuneraciones, lo que impediría que se las grave con el impuesto a las ganancias pues concurrirían a su respecto las mismas razones de raigambre constitucional que obstan a que se aplique dicho tributo sobre las retribuciones que perciben los jueces.

5°) Que en efecto, el actor puso de relieve desde su escrito inicial (confr. fs. 34 y sgtes.) la estrecha relación de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires con el Ministerio Público y mantuvo esa línea de argumentos al contestar el memorial de agravios de la demandada ante la cámara (fs. 115 y sgtes.). Para demostrar tal relación, tras señalar que se trata de un órgano de control independiente, ajeno a la esfera del Poder Ejecutivo, y citar precedentes que se remontan al siglo XIX, destacó –como concreta manifestación de ese vínculo– que el decreto-ley 7543/69 (actualizado por sucesivas leyes) asigna al Fiscal de Estado “un tratamiento remunerativo no inferior al fijado por todo concepto para el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia” (art. 43); prevé que en caso de vacancia o excusación del Fiscal de Estado y del Fiscal de Estado Adjunto el cargo sea desempeñado por el Procurador General de la Suprema Corte bonaerense (art. 46, segunda parte), y, por otra parte, lo faculta a encomendar a los miembros del Ministerio Público la representación de la provincia en las causas judiciales que tramitan fuera del departamento judicial de La Plata (art. 10).

6°) Que en tales condiciones, el *a quo* no pudo válidamente rechazar la pretensión del actor sin dar adecuada respuesta a los principales argumentos desarrollados por el accionante para fundar su derecho, en particular la equiparación de sus remuneraciones con las del Pro-

curador General de la Suprema Corte de la Provincia y las garantías de independencia e inamovilidad que le otorgan las normas locales en términos similares a las previstas para los jueces.

7º) Que el art. 43 del decreto-ley 7543/69, en cuanto asigna al Fiscal del Estado “un tratamiento remunerativo no inferior al fijado por todo concepto para el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia”, no puede ser interpretado en forma aislada, sin tener en cuenta las distintas normas que regulan la institución local y, en especial, la Constitución de la Provincia.

Concretamente, la Constitución bonaerense exige, para su nombramiento, las mismas condiciones que para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia y el acuerdo del Senado (arts. 155, 177 y 144, inc. 18, punto 1); dispone que sólo puede ser removido –al igual que los jueces del Superior Tribunal de la Provincia– mediante un juicio político (arts. 73 y 79); y garantiza su inamovilidad en el cargo (art. 155).

A su vez, el art. 40 del decreto-ley 7543/69 faculta al Fiscal del Estado a deducir demanda contencioso administrativa o de inconstitucionalidad contra los actos administrativos dictados en trasgresión de la Constitución, de la ley o de un reglamento administrativo.

En tales condiciones, la equiparación prevista en el art. 43 del decreto-ley citado no puede ser interpretada como una mera referencia salarial, ya que se inserta en un contexto en el que el ordenamiento jurídico local prevé diversas garantías para preservar la independencia del Fiscal del Estado, no en razón de su persona, sino en mira de la institución, que está vinculada estrechamente con el principio del control recíproco de los poderes, en tanto ejerce, entre otras funciones, un verdadero control de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos provinciales.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase a fin de que el tribunal de origen, por quien corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo a lo decidido en la presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por el Dr. **Ricardo Szelagowski**, con el patrocinio del Dr. **Jorge Nicolás Della Croce**.

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (AFIP – DGI)**, representado por el Dr. **Pablo Maceri**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala III)**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4 de La Plata**.

FRANCISCO ALARCON Y OTROS c/ CENTRAL DOCK SUD S.A. Y OTRO

MEDIO AMBIENTE.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, con sustento en lo dispuesto en el art. 32 de la ley 25.675 y en el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispuso una medida precautoria distinta a la solicitada por los actores y dispuso que se realizaran gestiones con ellos tendientes a prevenir los posibles daños que la electropolución provoca en el ambiente y estableció que ambas partes debían concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de aquéllos, ya que ha excedido el marco de las facultades previstas en el art. 4° de la ley 25.675, con afectación de los principios del debido proceso y de la defensa en juicio (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carlos S. Fayt).

–La mayoría desestimó la queja, por considerar que el recurso extraordinario cuya denegación la originó no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 1204/1209 de los autos principales, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (sala II–Civil) confirmó el rechazo de la cautelar solicitada por los actores y ordenó a las demandadas que iniciaran nuevas gestiones con los accionistas para prevenir los posibles daños que la electropolución, por la instalación de un electroducto de alta tensión en los partidos de Avellaneda y Sarandí, pudiera causar, así

como también convenir lo necesario para preservar los derechos de los demandantes –incluido un posible traslado de asentamiento–; todo ello en un plazo de ciento veinte días, finalizado el cual debían presentar “...un informe detallado sobre los resultados que se obtengan”.

– II –

Disconformes, las demandadas –Empresa Distribuidora Sud Sociedad Anónima (EDESUR) y Central Dock Sud S.A. (CDS)– interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 7/9 y 10/37 del expte. N° 30460 –incidente de recursos extraordinarios–, respectivamente, que, desestimados a fs. 74, motivaron la presentación en queja de la sociedad mencionada en último término. La CDS sostuvo, en síntesis, que el pronunciamiento de la alzada es arbitrario porque: a) se excedió en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales desde que, mediante una cautelar, prejuzgó respecto de la materia de fondo al decidir que la empresa debe adelantar una reparación a los actores a cuenta de la indemnización que se fije en autos, es decir, que sólo restaría fijar el quantum de la condena. En consecuencia, de la cautelar se desprenden los mismos efectos que de un pronunciamiento definitivo, comportándose como una medida innovativa, inaudita y excesiva, anticipatoria de jurisdicción favorable respecto del fallo final; b) sustituyó la medida solicitada por los actores y, por ende, violó el principio de congruencia, decidió cuestiones no propuestas y sobrepasó los límites razonables de la función judicial al postular, en contra del estado actual de los conocimientos científicos –a los que reconoce en plena investigación sin que se haya podido determinar el riesgo con suficiente certeza– la existencia de electropolución y de posibles daños a los actores; c) soslayó la actividad de la autoridad competente que en los órdenes nacional, provincial y municipal ya valoró que el electroducto instalado no generaba amenaza alguna a la salud y por lo tanto otorgó la autorización de aptitud ambiental correspondiente; d) impuso medidas preventivas diversas y mayores que las previstas en la regulación aplicable, de manera de comprometer la división de poderes al avanzar sobre las esferas de competencia de los restantes poderes del estado.

– III –

V.E. tiene reiteradamente declarado que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o revoquen, no revisten carácter de sentencia definitiva en los términos que exige

el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros).

No obstante, dicho principio reconoce excepción cuando la medida dispuesta causa un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior o cuando exista gravedad institucional (Fallos: 313:279; 314:1202 y 1968; 323:337) y ello se presenta, por ejemplo, cuando la resolución impugnada puede llegar a frustrar la aplicación de disposiciones de carácter general, dictadas en ejercicio de facultades privativas de uno de los poderes del Estado, de tal forma que, si es rechazada la acción de fondo en que se sustenta la cautela, la magnitud de los daños que habría ocasionado aquélla revestiría características de excepción (Fallos: 321:1187).

La quejosa aduce, como quedó expuesto, que, en el sub examine, se ha configurado un supuesto de arbitrariedad y gravedad institucional que habilitaría la apertura de la instancia extraordinaria.

Resulta menester señalar que, si bien este Ministerio Público en un caso de análogas características (dictamen del 29 de noviembre de 2005 en los autos A. 1801, L.XXXIX “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c/ Aguas Argentinas S.A. y otros”) había considerado que los agravios –de similar tenor a los aquí intentados– suscitaban cuestión suficiente para habilitar la vía y revocar la cautelar dispuesta, contrariamente V.E. resolvió –en pronunciamiento del 20 de junio de 2006– que el recurso extraordinario cuya denegación daba origen a la queja no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

En tales condiciones, entiendo que no corresponde admitir la presentación directa intentada. Para ello, también deberá tenerse en cuenta que el plazo estipulado de 120 (ciento veinte) días para presentar el informe al tribunal con el detalle de los resultados de las gestiones para prevenir los posibles daños de la electropolución ambiental ya se encuentra, a la fecha, vencido, como así también que la orden judicial atacada no requiere que los resultados sean específicamente positivos.

A su vez, respecto del supuesto prejuzgamiento referido a que los costos de un posible traslado son a cuenta de la indemnización que

quepa abonar al resolverse el fondo, si bien ello podría haber sido objeto —en principio— de una recusación, considero que su debate ha quedado zanjado con la resolución aclaratoria (cuya copia obra a fs. 85 de la queja) en la que el tribunal deja en claro que la medida fue “una mera intimación” a realizar gestiones y remite la determinación de la procedencia o no del resarcimiento por daños al juicio de conocimiento en trámite.

– IV –

Por lo expuesto, opino que no corresponde admitir la queja. Buenos Aires, 28 de febrero de 2008. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Central Dock Sud S.A. en la causa Alarcón, Francisco y otros c/ Central Dock Sud S.A. y otro”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 1. Notifíquese, devuélvanse los autos al tribunal de origen y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que en el marco de un proceso ordinario de conocimiento, un grupo de vecinos promovió acción contra Central Dock Sud S.A. (en adelante, CDS) y contra Edesur S.A. con el objeto de obtener:

(i) el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la instalación de un electroducto de alta tensión que se extiende a lo largo de la calle Sargento Ponce de la localidad de Dock Sud, Partido de Avellaneda (Barrio Danubio Azul) y de las quintas contiguas ubicadas en el Partido de Sarandí, Provincia de Buenos Aires. Alegaron que la línea de alta tensión mencionada provoca un menoscabo en el ambiente y en la salud, a la par que invocan la existencia de riesgo de electrocución, incendio y explosiones y, particularmente, la amenaza de contraer enfermedades por la exposición a los campos electromagnéticos emitidos por la instalación del electroducto.

(ii) el cese de la contaminación y perturbación ambiental, para cuyo fin postularon que se vede la utilización de las líneas transmisoras de electricidad y el retiro de las torres y cableados existentes.

Asimismo, en el escrito de demanda peticionaron el dictado de una medida cautelar consistente en el cese de la utilización de las líneas de alta tensión situadas en el frente de las viviendas de los actores y el retiro de las torres y cableados existentes.

2º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en cuanto aquí interesa, al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, rechazó la medida cautelar solicitada por los actores y sin embargo, dispuso una medida precautoria distinta a la solicitada. En efecto, intimó a las empresas demandadas para que en el plazo de ciento veinte días realizaran gestiones con los actores tendientes a “prevenir los posibles daños que la electropolución provoca en su ambiente” y estableció que ambas partes debían concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de los actores, “contemplando inclusive el traslado de los mismos a viviendas adecuadas en lugares a los que consientan desplazarse, cuyos costos, eventualmente podrán

ser deducidos de la indemnización que se solicita”. Asimismo, estableció que las empresas demandadas debían presentar a ese tribunal un informe detallado sobre los resultados que se obtengan. Ordenó, también, la formación del incidente respectivo.

3º) Que para decidir del modo en que lo hizo, la cámara efectuó diversas consideraciones acerca de las investigaciones científicas que, a nivel mundial, se vienen desarrollando sobre las consecuencias que se derivan de la exposición prolongada a los campos electromagnéticos (CEM) originados por los cables de alta tensión, aún cuando esa exposición lo sea dentro de los niveles permitidos legalmente. Advirtió que en la actualidad no existen certezas científicas resultantes de esas investigaciones y que incluso algunos resultados son frecuentemente contradictorios. Agregó que, empero, la Organización Mundial de la Salud recomienda que, hasta tanto finalicen las investigaciones sobre el tema, se cumplan las normas de seguridad internacionales y nacionales, entre las cuales se encuentra la resolución 77/98 de la Secretaría de Energía de la Nación que adopta las directrices internacionales sobre la materia.

Añadió que la ley general del ambiente establece los principios de política ambiental, entre ellos el principio precautorio. Indicó que el tribunal había receptado ese principio en una causa similar –que había sido invocada por los actores– en la que hizo lugar a la suspensión de una obra de cableado, prevista por Edesur y que había sido autorizada por el ente regulador, hasta tanto las demandadas informaran acerca de las medidas que deberían adoptar a fin de eliminar el posible efecto negativo sobre la salud de la población de los campos electromagnéticos generados por los cables de alta tensión.

Empero, adelantó que existían diferencias sustanciales entre esa causa y el *sub lite* que impedían adoptar la misma solución ya que, a diferencia de lo que sucede en este proceso, en aquél otro la obra aún no se había llevado a cabo. Concluyó que, por tanto, no podía acoger la medida cautelar de cese de la utilización de una línea de alta tensión que se encontraba funcionando, máxime si se consideran los daños que se provocarían en la normal prestación de un servicio público esencial para la comunidad, aspecto este último que entendió que no podía dejar de atender y resguardar al momento de decidir.

Por ello, con sustento en lo dispuesto en el art. 32 de la ley 25.675 y en el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,

dispuso una medida precautoria distinta a la solicitada por los actores, en la búsqueda de una solución que, a su entender, no podía esperar el dictado de la sentencia definitiva. También la cámara retomó “el rumbo del principio precautorio, de la prevención del daño y de la *responsabilidad del generador de los efectos degradantes en relación a los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición* (art. 4º ley cit.)”. Señaló que la existencia de un amplio debate y estudios científicos a nivel mundial sobre la contaminación electromagnética constituía una pauta indicativa de importancia, que permitía razonablemente buscar soluciones precautorias adecuadas en virtud del riesgo para la salud de los actores.

Aclaró, finalmente, que la decisión adoptada no implicaba anticipar ninguna opinión sobre la cuestión de fondo.

4º) Que contra dicha decisión, CDS interpuso el recurso extraordinario –cuyo rechazo originó el presente recurso de hecho–, con sustento en la afectación de los derechos constitucionales de defensa, propiedad e igualdad ante la ley. Allí alega tanto la existencia de una cuestión federal a partir de la errónea interpretación y aplicación de normas de carácter federal –la ley 25.675 y la resolución 77/98 de la Secretaría de Energía de la Nación–, como la presencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

5º) Que esta Corte ha sostenido que, como regla, las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten el carácter de sentencias definitivas. Sin embargo, también ha dicho que cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo, (causa “Mendoza” Fallos: 331:1622). De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente.

6º) Que los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención (causa “Mendoza” Fallos: 329:2316).

7º) Que la aplicación del principio precautorio –el cual, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta– establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4º de la ley 25.675).

8º) Que, sin embargo, el límite de dichas facultades está dado por el respeto a los principios del debido proceso y de la defensa en juicio.

En efecto, cabe recordar, por un lado, que este Tribunal debe intervenir cuando las elaboraciones de los magistrados anteriores en grado llevan a un pronunciamiento *ultra petita* que lesiona los referidos principios, y, por otro lado, que no corresponde a los jueces extender el principio *iura novit curia* a apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados (“Pereyra, Antonio Ramón c/ Municipalidad de Cerro Azul –Misiones–”, Fallos: 329:513).

A la luz de esas pautas, se advierte con claridad, a partir de la reseña efectuada en los primeros tres considerandos de este pronunciamiento, que la sentencia impugnada, en cuanto dispuso que se realizaran gestiones con los actores tendientes a “prevenir los posibles daños que la electropolución provoca en su ambiente” y estableció que ambas partes debían concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de los actores, “contemplando inclusive el traslado de los mismos a viviendas adecuadas en lugares a los que consientan desplazarse, cuyos costos, eventualmente podrán ser deducidos de la indemnización que se solicita”, ha excedido el marco de las facultades previstas en el art. 4º de la ley 25.675 con afectación de los principios del debido proceso y de la defensa en juicio.

En ese contexto, la decisión apelada presenta un defecto grave de fundamentación y de razonamiento que suscita cuestión federal suficiente para su examen por la vía intentada en tanto los derechos constitucionales invocados guardan relación directa e inmediata con lo resuelto, según lo exige el art. 14 de la ley 48, por lo que corresponde descalificarla en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la

sentencia apelada en los términos del considerando 8° de este pronunciamiento. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 1. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por **Central Dock Sud S.A.**, representado por el Dr. **Eduardo J. Romero** y patrocinado por los Dres. **Walter Oscar Gatti y Máximo J. Fonrouge**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4 de La Plata.**

AUTORIDAD INTERJURISDICCIONAL DE CUENCAS DE LOS RÍOS LIMAY,
NEUQUÉN Y NEGRO c/ MARIANELA BUKOSKY

CONEXIDAD.

Corresponde revocar la decisión que admitió la competencia local y, por aplicación del *forum conexitatis* estatuido en el art. 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, disponer que las actuaciones originadas en la ruptura del vínculo laboral que mantenía la demandada con la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro, continúen su trámite conjuntamente con el proceso radicado ante la justicia federal, ya que resulta prioritario preservar la unidad de jurisdicción para decidir las controversias cuyo manifiesto grado de conexidad hace factible el dictado de sentencias contradictorias, o que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en el otro, máxime cuando mediante dicha solución se conserva el propósito de que los tribunales ante los que se sustancie el proceso se encuentren a una razonable proximidad del domicilio del trabajador.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

De las constancias con que se cuenta surge que la actora (Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro

creada por ley 23.896, en adelante “A.I.C.”) en su carácter de empleador, inició demanda por consignación de la suma correspondiente al pago de una a indemnización por la ruptura del vínculo laboral que mantenía con la trabajadora demandada (Mariela Angelina Bukosky), que dedujo excepción de incompetencia con fundamento en que la Ley de Contrato de Trabajo resultaba de aplicación a la relación que dio origen al crédito cuyo pago se pretendía consignar en este proceso. También planteó una inhibitoria con fundamento en que un reclamo laboral entre las mismas partes se encontraba radicado, con anterioridad, en distinta jurisdicción provincial.

Por su parte, la Cámara Laboral de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la IV Circunscripción Judicial de la Ciudad de Cipoletti, Provincia de Río Negro, invocando normas procesales locales declaró su incompetencia sobre la base que el último domicilio de la demandada, el lugar de prestación de tareas, y la celebración del último contrato firmado entre las partes, se encontraban en la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires (v. fs. 115/119, de los autos principales que se citarán en lo sucesivo).

Disconforme la actora dedujo el recurso extraordinario local que fue finalmente concedido por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (v. fs.150/156) el que admitió la competencia local en el asunto (v. fs. 173/181), haciendo hincapié en que la excepcionante había fundado su pretensión en que correspondía la intervención en el proceso del Tribunal de Trabajo N° 1 de la Ciudad de Bahía Blanca ante el cual se hallaba radicada la causa “Bukosky, Mariela A. c/ Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro (A.I.C.) s/ Indemnización por despido” (Expte. N° 19.626). En tal sentido, reflexionó que de mantenerse la resolución objeto de recurso, se estaría consagrando la competencia de un tribunal que ya se había declarado incompetente. Destacó como relevante, que en el marco del art. 28 de la Ley de Creación de la Autoridad Interjurisdiccional (N° 23.896), la sede del Comité Ejecutivo de dicha entidad, desde su constitución se encuentra en Río Negro y así como que el lugar de prestación de tareas, en origen, se ubicó en la ciudad de Cipoletti.

– II –

Contra dicho pronunciamiento la demandada interpuso recurso extraordinario cuya denegatoria motiva la presente queja (v. fs. 190/200;

fs. 210/216, respectivamente, del principal y fs. 46/52, del cuaderno respectivo)

En su agravio federal, la trabajadora demandada sostiene que dicha decisión vulnera derechos constitucionalmente reconocidos. Afirma que se ha violado las garantías del debido proceso, del juez natural y los derechos de defensa en juicio y de igual remuneración por igual tarea, lo cual configura, a su criterio, una cuestión federal suficiente.

– III –

En primer término, cabe apuntar que para mejor dictaminar (v. fs. 54, de la queja), se requirieron los autos principales y las actuaciones que tramitan ante el Juzgado Federal N° 2 de Bahía Blanca, Secretaría N° 5, autos caratulados “Bukosky, Mariela A. c/ Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas del Río Limay, Neuquén y Negro s/ Indemnización por Despido”. En dicho expediente se reclama por el mismo hecho (la extinción del vínculo) e intervienen idénticas partes que en la presente causa, difiriendo los fundamentos jurídicos. Allí se pretende el cobro de una indemnización por despido con sustento en la Ley de Contrato de Trabajo (v. fs. 81/92, del expediente N° 9382 de la Justicia Federal) siendo la última actuación la suspensión de la tramitación hasta que recaiga pronunciamiento definitivo en el presente trámite, respecto de la competencia –o no– de los tribunales de la Provincia de Río Negro (v. fs. 183, del exp. N° 9382, citado), en la cuestión que se encuentra apelada con dictamen del Fiscal General ante la Cámara Federal de Bahía Blanca (v. fs. 262 vta., del exp. N° 9382, citado) y, como ya dije, en el presente reclamo se pretende consignar la indemnización por despido, las vacaciones y el proporcional del sueldo anual complementario de la Sra. Mariela Bukosky (v. fs. 32 y 34), aspectos que evidencian la íntima conexidad existente entre ambos juicios.

– IV –

Partiendo de tales premisas, cabe señalar que si bien los pronunciamientos que resuelven cuestiones de competencia no autorizan, en principio, la apertura de la vía del art. 14 de la ley 48, en tanto no constituyen sentencias definitivas, cabe hacer excepción a tal principio cuando importan denegatoria del fuero federal (Fallos: 306:190; 311:1232; 316:3093; 323:2329, 329:5896, entre muchos otros), tal como ocurre en el *sub lite*.

Además, V.E. tiene reiteradamente dicho que las cuestiones de competencia entre tribunales de distinta jurisdicción territorial, como ocurre en la especie, deben resolverse por aplicación de las leyes nacionales de procedimiento (Ver Fallos: 298:447; 302:1380; 307:1057,1722; 308:2029,1937; 310:1122, 2010, 2944; 311:2186; 312:477, 542, 1373 y 313:157, 717, entre muchos otros).

En ese marco, es del caso señalar que, la admisión del *forum conexitatis* estatuido en el artículo 6° del C.P.C.N. posibilita la sustanciación ante un mismo magistrado de causas vinculadas entre sí; instituto cuya aplicación constituye una causal de excepción a las reglas generales que determinan la competencia aplicable al caso (Ver Fallos: 329:3925, entre muchos otros) e importa el desplazamiento de la jurisdicción natural en favor de otro juez, lo cual obedece a la conveniencia de concentrar ante un solo tribunal todas las acciones vinculadas a una misma relación jurídica, cuyas reglas están inspiradas en asegurar una más expedita y uniforme administración de justicia (Fallos: 311:695; 311:1514 y 1515; 312:645, 330:1618, entre muchos otros).

Desde esa perspectiva, creo que le asiste razón a la recurrente porque la decisión impugnada se apoyó en el contrato suscrito que luce agregado al expediente principal con la demanda (v. fs. 6/11), sin apreciar que dicho instrumento era de plazo determinado y que vencía el 15-11-1995 circunstancia que permitía, *prima facie* considerarlo resuelto, sin más derechos para el contratado y que no resultaba necesario preavisar el vencimiento del acuerdo (v. fs. 7).

La posterior decisión unilateral de la A.I.C. (v. fs. 14) que tuvo por objeto afectar a la trabajadora demandada a prestar funciones en la Ciudad de Bahía Blanca a partir de marzo de 1996, produce una novación en la relación jurídica que debió ser atendida prudentemente (v. fs. 14/15). En tal sentido, cabe advertir que la Cámara Laboral provincial, a diferencia del Superior, sí tuvo en cuenta el art. 10 de la ley procesal local N° 1504, en cuanto dispone que la acción deducida por el empleador podrá interponerse ante el Tribunal del domicilio del trabajador, o del lugar donde se haya efectuado el trabajo o celebrado el contrato. En consecuencia entendió, en términos razonables, que el domicilio de la trabajadora, el lugar de prestación de tareas y la celebración del último contrato firmado entre las partes fue en la ciudad de Bahía Blanca (v. fs. 119).

El fallo ahora en crisis, no se hizo cargo del aspecto señalado en el párrafo anterior, pues se limitó a tener en cuenta el primer contrato de plazo determinado vencido varios años antes, sin advertir la novación posterior con circunstancias relevantes que determinaban la incompetencia de los jueces de la Provincia de Río Negro. En tal sentido, debe evitarse con especial cuidado que el trabajador pudiera verse privado del derecho de litigar ante los tribunales que le corresponde en razón de la materia y del territorio (Fallos: 310:156) que debe ser aquél que se halle situado a razonable proximidad de su domicilio (doctrina de Fallos: 306:1059, 311:72, entre muchos otros).

Por otra parte, si bien originariamente la trabajadora demandada no había invocado las previsiones del artículo 116 de la Constitución Nacional, la decisión recaída en el expediente iniciado ante la justicia local de la Provincia de Buenos Aires y la posterior demanda radicada —en virtud de lo allí decidido— en el fuero federal con asiento en Bahía Blanca, no demostraba la confirmación de declinatorias sucesivas como sostuvo el *a quo*, pues —por el contrario— sería coincidente con la competencia de la justicia federal con asiento en Bahía Blanca donde la trabajadora por decisión judicial radicó su reclamo principal (ver exp. N° 9382 que corre por cuerda). Resulta por demás ilustrativo aclarar que la incompetencia de la justicia laboral de Buenos Aires decretada y firme, fue originalmente planteada justamente por la AIC.

Por todo lo expuesto, sin perjuicio del *nomen iuris* que las partes hayan asignado al vínculo jurídico que mantuvieron y de la índole federal del ente que integra uno de los litigantes (Fallos: 322:1511), resulta razonable y de conveniente economía procesal considerar conexos los procesos en cuestión, a fin de evitar la duplicación de juicios vinculados.

Ello es así, por cuanto en las especiales características del presente trámite resulta razonable que sea un solo magistrado el que entienda en dos pretensiones que tienen como común denominador un contrato que unió a las partes durante varios años y del cual se han derivado derechos que son materia de controversia en distintos procesos, a fin de evitar el dictado de sentencias contradictorias; o que decisiones que recaigan en uno de ellos hagan cosa juzgada respecto de las ya planteadas en el otro (doctrina de Fallos: 328:3903). Tales circunstancias inhabilitan a los jueces locales para decidir en este proceso a fin de resguardar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales que no puede ser neutralizada por magistrados incompetentes, pues una elemental

exigencia del orden jurídico, impone esta solución (Ver doctrina de Fallos: 323:518, considerando 3º, y sus citas).

– V –

Por lo expresado, estimo que incumbe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia impugnada y, atendiendo a la conexidad que se señala en el párrafo anterior, determinar que estas actuaciones continúen su sustanciación conjuntamente con el proceso en trámite ante la justicia federal con asiento en la Ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, 25 de junio de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro c/ Bukosky, Mariela s/ consignación”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que, como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, el recurso extraordinario es formalmente procedente ya que la sentencia recurrida resulta equiparable a definitiva, en tanto importa denegatoria del fuero federal.

2º) Que este Tribunal comparte las consideraciones formuladas en el capítulo IV del mencionado dictamen, a las que cabe remitirse por razones de brevedad. En su mérito, resulta prioritario preservar la unidad de jurisdicción para decidir las controversias que se han suscitado entre ambas partes, cuyo manifiesto grado de conexidad hace factible el dictado de sentencias contradictorias, o que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en el otro.

3º) Que, por otra parte, mediante la solución indicada se conserva el propósito de que los tribunales ante los que se sustancie el proceso se encuentren a una razonable proximidad del domicilio del trabajador interesado (Fallos: 311:72; 323:718, entre otros), máxime cuando —como en el caso— la empleadora invocó inicialmente su derecho a litigar ante el fuero federal en el proceso tramitado ante los tribunales del trabajo de la ciudad de Bahía Blanca, privilegio al que después renunció al promover un litigio ante los tribunales ordinarios de la Provincia de Río Negro.

Por ello, y demás fundamentos expuestos por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente la queja, se hace lugar al recurso extraordinario deducido y se revoca lo resuelto, disponiéndose que estas actuaciones continúen su trámite conjuntamente con el proceso radicado ante la justicia federal con asiento en la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires.

Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por **Mariela Angelina Bukosky, demandada en autos, por derecho propio**, con el patrocinio letrado del Dr. **Mariano G. Segre**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala Laboral de la Cámara Laboral de Apelaciones y en lo Contencioso Administrativo de la IV Circunscripción Judicial de Río Negro**.

GRACIELA GUILLERMINA CASARINO Y OTROS c/ ADMINISTRACION
FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS

RETIRO VOLUNTARIO.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de diferencias en la liquidación por cese promovida por ex agentes de la Administración Federal de Ingresos Públicos con fundamento en las disposiciones que reglamentaron el

“sistema de retiro voluntario” ya que se apartó palmariamente de las constancias de la causa en cuanto al régimen bajo el cual habían egresado y porque el rechazo tampoco pudo sostenerse válidamente en la manifestación de conformidad de los demandantes con el importe total, ya que los arts. 12 y 260 de la Ley de Contrato de Trabajo claramente establecen que es nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos legales del trabajador, aun cuando se trate del ejercicio de los provenientes de la extinción del contrato, y que el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuado por el empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, quedando expedita la acción para reclamar la diferencia que correspondiere.

—Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A fs. 268/270 del segundo cuerpo de los autos principales (a los que me referiré en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sala III) al confirmar el fallo de la instancia anterior, rechazó la demanda interpuesta por los actores por diferencias en el cálculo de la indemnización correspondiente a la extinción del contrato laboral bajo la modalidad de retiro voluntario (cf. artículo 15, ley de presupuesto 25.237, y decisión administrativa 5/00).

A tal efecto, tuvo en cuenta que se encontraban agregados a la causa los respectivos acuerdos suscriptos por los recurrentes los que, luego de ratificados en sede administrativa, habían sido homologados; como también que se desprendía del expediente el régimen aplicable, la antigüedad de cada uno de ellos, la suma que les sería entregada y la aceptación de plena conformidad del importe total liquidado en concepto de compensación indemnizatoria y sumas equivalentes a preaviso por retiro voluntario.

Contra lo decidido, los apelantes plantearon el recurso extraordinario por arbitrariedad que, denegado a fs. 314, dio lugar a la presente queja.

Sostienen que la sentencia se apartó del derecho aplicable y avaló el pago insuficiente del monto indemnizatorio abonado con motivo del

cese laboral. Reclaman la diferencia entre la suma que percibieron y lo que les hubiera correspondido mediante la aplicación del régimen de retiro voluntario reglamentado por la decisión administrativa 5/00 citada. Asimismo, consideran que se omitió el tratamiento de cuestiones fácticas y se prescindió de prueba decisiva para la solución de la controversia.

Así planteada la cuestión, es reiterada la jurisprudencia de la Corte según la cual las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 314:1336, entre otros), así como aquella otra que indica que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de dicha índole, sobre los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente (doctrina de Fallos: 318:73 y 324:436, entre muchos otros).

Desde ese punto de vista, estimo que los agravios dirigidos a cuestionar la sentencia por haber prescindió la cámara del marco legal aplicable y por haber omitido la prueba incorporada al proceso no son aptos para suscitar la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48, toda vez que el tribunal, más allá de su acierto o error en la ponderación de las constancias de la causa, concluyó –con argumentos suficientes– que los actores se habían acogido al retiro voluntario y aceptado de plena conformidad el monto liquidado en concepto de compensación indemnizatoria e importe similar a preaviso por retiro voluntario.

Ello es así máxime, cuando la sentencia se sustenta en argumentos no federales que, más allá de su acierto o error, resultan suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad invocada (Fallos: 308:986, entre otros). Asimismo, también ha sostenido la Corte que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales, sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, fallas de razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia, o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar el pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido (Fallos: 304:279), pues su objeto no es abrir una tercera instancia para revisar decisiones judiciales.

Opino, por tanto, que corresponde desestimar la queja. Buenos Aires, 2 de julio de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Casarino, Graciela Guillermina y otros c/ Administración Federal de Ingresos Públicos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 268/270 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá), al confirmar lo resuelto en primera instancia (fs. 207/208), rechazó la demanda de diferencias en la liquidación final por cese promovida por ex agentes de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F. I.P.) con fundamento en las disposiciones de la decisión administrativa 5/2000 de la Jefatura de Gabinete de Ministros que reglamentó el “sistema de retiro voluntario” previsto en el art. 15 de la ley 25.237.

Para así decidir, la cámara adujo que “no es un hecho controvertido que los demandantes se desvincularon [...] en virtud del régimen de ‘retiro voluntario’ convenido entre la demandada y las asociaciones sindicales que representan a sus dependientes, acuerdo que fue homologado por la Secretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo”. Sostuvo que los actores basaban este reclamo de diferencias en el argumento de que “fueron arbitrariamente excluidos del régimen de retiros voluntarios reglamentado mediante la decisión administrativa 5/00 [...], que había sido implementado previamente y que contemplaba mayores beneficios”. Añadió que estaban “agregados [...] los respectivos acuerdos de retiro voluntario [...] que, luego de ratificados en sede administrativa, fueron homologados por ésta”, en los cuales “cada actor manifestó que ‘acepta el importe total liquidado [...] en concepto de compensación indemnizatoria [...] no teniendo nada más que reclamar’”. Y finalizó puntualizando que, “en lo referente a las supuestas diferencias, [...] es de hacer notar que [...] fueron notificados de la cifra a percibir con motivo de los retiros voluntarios, como así también que en caso de no estar conformes con la liquidación debían dejar constancia de tal situación, [...] y, pese a ello, nada expresaron ni objetaron”.

Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso el recurso extraordinario (fs. 273/308) cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que los agravios del remedio federal basados en la doctrina de la arbitrariedad son atendibles.

En efecto, resulta evidente que, al referirse al modo en el que se extinguieron las relaciones de trabajo y a los términos en los que fue planteada la pretensión, el *a quo* se apartó palmariamente de las constancias de la causa.

Ello es así porque en el escrito inicial los actores dijeron haber egresado con arreglo al régimen de retiros reglamentado por la decisión administrativa 5/2000, y no en virtud del ulteriormente pactado entre A.F.I.P. y la representación sindical de su personal. De este modo, su reclamo de diferencias no se basó en que hubieran sido excluidos de aquel régimen sino en que, aunque la demandada aceptó incorporarlos a él, les había liquidado insuficientemente los rubros correspondientes (cfr. fs. 9 vta./31).

Asimismo, de la prueba documental agregada tampoco se desprende la celebración de los supuestos acuerdos homologados por la autoridad administrativa que el fallo invocó sino que, tal como fue alegado en la demanda, los reclamantes suscribieron solicitudes de incorporación al “sistema de retiro voluntario” de la mencionada decisión administrativa, y dichas solicitudes fueron aceptadas por la A.F.I.P. (cfr. sobre de documentación reservada de la parte demandada, anexo B).

3º) Que es cierto que, como lo señaló el *a quo*, de la prueba documental surge que la A.F.I.P. le notificó a los solicitantes cuáles eran los importes que se les liquidarían por los rubros “compensación indemnizatoria” y “sumas equivalentes a preaviso” contemplados por la decisión administrativa 5/2000, y que, al notificarse, cada uno de los demandantes manifestó su conformidad con el “importe total” liquidado (cfr. sobre de documentación citado en el considerando anterior).

Sin embargo, la conclusión del fallo que hizo hincapié en tales circunstancias en modo alguno puede sustentar válidamente el rechazo de la demanda de autos basada en que lo abonado por la empleadora fue menos de lo que correspondía con arreglo a las disposiciones del “sistema” legal de “retiro voluntario” reglamentado por la mencionada decisión administrativa. Basta tener en cuenta que está fuera de dis-

cusión que a los dependientes de la A.F.I.P. se les aplicaba la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) —por haber sido incluidos en el régimen de convenciones colectivas de trabajo de la ley 14.250— para advertir que lo resuelto denota una inexplicable prescindencia del cuerpo legal aplicable a las relaciones contractuales establecidas por la demandada con su personal. Los arts. 12 y 260 de la L.C.T. claramente establecen que es nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos legales del trabajador, aun cuando se trate del ejercicio de los provenientes de la extinción del contrato, y que el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuado por el empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, quedando expedita la acción para reclamar la diferencia que correspondiere.

4º) Que, en tales condiciones, como fue adelantado, corresponde descalificar la sentencia con arreglo a conocida doctrina del Tribunal en materia de arbitrariedad.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, y se deja sin efecto el fallo apelado, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y devuélvase el expediente a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se la desestima. Notifíquese, remítanse las actuaciones al tribunal de origen y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **las coactoras Elda María Mabel Medrano, Marta Noemí Samper y María Raquel Galdi**, representadas y patrocinadas por **los Dres. Anastasio Marcelino Casas y Liliana Cristina Malandra Pagliettini**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 40.**

LEONARDO JORGE LIPNIZKY Y OTRO

ESTAFA.

Corresponde revocar la sentencia que condenó a la entidad bancaria al pago de una suma de dinero en concepto de reparación por el daño material ocasionado si las estafas en concurso real con falsificación de documentos privados en momentos en que el banco ya no tenía ninguna influencia en las operatorias son conductas ajenas a éste —que por lo demás no se habría beneficiado en nada con ellas— y son la verdadera causa de los daños, junto con la conducta asumida por los propios inversores y en este contexto la actividad de la entidad bancaria sólo puede ser considerada una mera condición remota de los resultados dañosos y no la causa adecuada de los mismos, aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado o debía regularmente producirlo.

—El juez Lorenzetti, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja, era inadmisibles (art. 280 CPCCN)—.

MESA DE DINERO.

Lo reclamado no parece ser un daño jurídicamente resarcible si fueron los propios actores civiles quienes de manera voluntaria actuaron al margen de la normativa legal propia de estas operaciones, en el caso de una “mesa de dinero” no autorizada por el Banco Central de la República Argentina, y evadiendo todo tipo de obligaciones fiscales, exponiéndose —al pretender mayores ganancias que las que ofrecía el sistema financiero formal— a la posibilidad de sufrir un detrimento patrimonial, ya que mal podían pretender gozar de las garantías de las operaciones legales, cuando ellos mismos las habían soslayado.

—El juez Lorenzetti, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja, era inadmisibles (art. 280 CPCCN)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

El tercero civilmente demandado, Citibank N.A., interpuso recurso de hecho a fojas 85/89vta. contra el rechazo de los recursos extraordinarios articulados contra la sentencia del 21/8/07 y su aclaratoria del 14/9/07, dictadas por la Cámara del Crimen.

– I –

El juez de primera instancia resolvió extender al recurrente la responsabilidad civil por los daños causados por la condenada Iarowai, a quien se calificó como su dependiente, de conformidad con el artículo 1113 del Código Civil.

Deducido recurso de apelación, la Cámara del Crimen confirmó la condena civil impuesta al recurrente. Ante ello, el presentante interpuso recurso extraordinario y queja ante V.E.

En esa oportunidad, la Corte Nacional tachó de arbitrario el pronunciamiento del *a quo*, y ordenó –mediante sentencia del 20/3/07–, el tratamiento de las defensas y planteos introducidos por el apelante en su expresión de agravios de fojas 1924/1975 contra la sentencia de primera instancia.

A ese fin, enunció la necesidad de que se examinen, ente otros, los siguientes puntos:

1) Sobre el verdadero conocimiento de las autoridades del banco acerca del funcionamiento de la mesa de dinero y su consecuente legalidad o ilegalidad.

2) El aval que se dice que la entidad habría prestado para las operaciones de este tipo.

3) El grado de dependencia de los acusados con la firma.

4) La condena por el todo, no obstante la atribución de parte de la responsabilidad al actor civil.

Devueltas las actuaciones a la Cámara, ésta consideró confirmar el fallo de primera instancia, y responsabilizó a Citibank N.A. por las consecuencias de la defraudación realizada por la codemandada, la señora Iarowai, en circunstancias en que captaba fondos en préstamos que no devolvió, mediante la utilización de una mesa de dinero, entregando cheques posdatados contra una cuenta corriente del banco aludido.

– II –

El presentante consideró que el *a quo* condenó al Citibank solidariamente con el Sr. Lipnizky y la Sra. Iarowai, con base en que sin la utilización como pantalla del banco, su dependiente no podría haber concretado el hecho dañoso por el que fue condenada, razonamiento que resulta arbitrario.

Además, ignoró las instrucciones que el Tribunal impartió en su resolución al ordenar que se examinen sus agravios.

1) No se explicó por qué se debía reconocer a los actores el derecho a ser resarcidos por las vicisitudes derivadas de la operatoria de una mesa de dinero no autorizada por el Banco Central de la República Argentina, lo que implicaría proteger a quienes desarrollaron una actividad ilícita y prohibida por normas de orden público (ley 21.526), infringiéndose lo establecido por los artículos 18, 21, 502, 794, 953, 1044 y 1167 del Código Civil.

Introducido en la expresión de agravios de fojas 1924/75.

2) No se analizó particularizadamente la situación de cada uno de los actores; la mayoría de ellos tomó contacto con Iarowai meses después de que ésta dejara de trabajar en el banco. Si se está ante un supuesto de responsabilidad extra-contractual el análisis debe realizarse por separado para cada inversor, pues ni la causa ni la cuantificación de los daños puede ser considerada colectivamente.

Introducido en la expresión de agravios de fojas 1925/75.

3) Se soslayó que los actores negociaron con cheques posdatados, operatoria que al momento de los hechos era ilícita y, en consecuencia, determina que un reclamo al respecto no deba tener acogida en la justicia. Introducido en la expresión de agravios de fojas 1925/75.

4) Se aceptó sin más, como beneficiarios de la condena a dos personas que no demandaron civilmente en estos autos (los señores Terzaghi y Bucci). Introducido en la expresión de agravios de fojas 1925/75.

5) No se fundamentó por qué, pese a no haber sido materia de apelación, la sentencia transformó la condena en perjuicio del banco, excediendo los límites de las cuestiones sometidas a revisión, al considerar la naturaleza de la obligación como solidaria.

– III –

En primer lugar, debo destacar que –a mi modo de ver–, la invocación de la Ley 21.526 hecha en el recurso extraordinario, no conforma una cuestión federal, puesto que el litigio no versa sobre la interpretación de ninguna de sus cláusulas, ni la decisión debe reposar en una inteligencia particular de dicha norma. Ergo, al carecer de una relación directa e inmediata con la efectiva solución de la controversia, no estamos aquí frente al extremo que posibilita la intervención excepcional de V.E., en los términos del art. 14 inc. 3º de la Ley 48 (Fallos: 326:1663, y art. 3º inc. “e” de la Acordada CSJN 4/2007).

Por ende, dado que la mera invocación de derechos fundamentales eventualmente afectados o de normas de carácter federal, carece de virtualidad para mutar ese carácter, entiendo que dicho agravio no es apto para habilitar la intervención excepcional de V.E., en los términos del precepto citado.

Antes bien, me parece que el debate suscitado en autos se reduce a un tema de responsabilidad civil, por lo que, cabe abordar seguidamente lo relativo a la arbitrariedad acusada.

Conforme la doctrina de V.E., lo atinente a las cuestiones de hecho, prueba y derecho común, es ajeno, en principio, a la instancia extraordinaria.

No obstante, corresponde abrir el recurso cuando lo decidido carece de fundamentos suficientes que le den sustento como acto jurisdiccional, en tanto esa circunstancia compromete la garantía constitucional de la defensa en juicio, que presupone la posibilidad de obtener la consagración jurisdiccional de los derechos afectados. En este sentido, ha considerado que la sentencia arbitraria no es una sentencia judicial,

y es obvio que el primer requisito del amparo judicial es que sea eso precisamente, amparo judicial, es decir, fundado en la ley y en la prueba de los hechos formalmente producida (sentencia del 30/9/2008 *in re A. N° 1167, L. XLII*, por remisión al dictamen de esta Procuración).

Es a la luz de esa enseñanza y ceñido a la directiva que la Corte formuló a fs. 2/4 del legajo de queja (v. consid. 6°), que habré de encarar el estudio de la impugnación de la que se me corre vista.

– IV –

En primer lugar, he de precisar que los argumentos de la Cámara desarrollados en el punto IV de su resolución de fojas 2964/67vta., versan sobre la extensión de responsabilidad al apelante por el perjuicio ocasionado por el accionar ilícito de su dependiente, en los términos del artículo 1113 del Código Civil.

Allí, el *a quo* expuso los motivos por los cuales entendió que el tercero civilmente demandado debe responder por su conducta –“como mínimo”– negligente, al permitir que su empleada concretara la maniobra defraudatoria.

A mi modo de ver, de la resolución en crisis surge de qué modo los jueces entendieron que el banco tuvo o debió tener conocimiento acerca de la operatoria ilícita llevada a cabo dentro de su sucursal por su dependiente y, aún fuera de ésta, ya que siguió utilizando su estructura: cuentas corrientes, extensión de chequeras, pago de cheques –algunos hasta con firma apócrifa–, etc.

Y fundamentó esa negligencia en la inobservancia de los principios de la práctica bancaria que la ley exige para las entidades financieras que impone extremar las precauciones por la específica y delicada labor que desarrolla, tal como surge de los hechos juzgados y la prueba producida en la causa, y de la descripción, en particular, de en qué consistió la operatoria de “la mesa de dinero” y la conducta del banco frente a ello; todas cuestiones fácticas y derecho común, en las que, más allá de su acierto o error, no advierto arbitrariedad, ni corresponden al conocimiento excepcional del Tribunal.

En definitiva, se ha dado respuesta positiva a la pregunta de si el banco es responsable civil, por negligencia, del delito cometido por su

dependiente Iarowai, en contra de los actores, utilizando la mesa de dinero instalada en su sede y con posterioridad al cese de la relación laboral de la nombrada –y pese a las causas del distracto– usando las cuentas que continuaron abiertas en la sucursal lo que permitió proseguir con la maniobra.

– V –

En lo que respecta al análisis de los límites del resarcimiento debido por los responsables: el autor del delito, su empleador; estimo que el *a quo* no ha incurrido en arbitrariedad.

Me refiero a que –según sostiene el recurrente– los actores conocían de la ilicitud de la operatoria en la que participaban, y que dicha cuestión fue ignorada por el tribunal, que se habría limitado a afirmar dogmáticamente que “...no se acreditó que los actores fuera cómplices de la maniobra orquestada en su contra por los condenados”... (v. punto IV, último párrafo de fs. 2967 de los principales).

Es que, a mi criterio, la obligación de resarcir a los demandantes surge, entre otros, de su calidad de víctimas del fraude, carácter que fue determinado en juicio criminal firme.

En esta inteligencia, entiendo que este capítulo de la presentación directa no puede prosperar.

– VI –

Con relación al agravio formulado en el acápite IV.7 del recurso extraordinario y enunciado en el punto 5) del considerando II del presente, referido a que la cámara transformó la naturaleza de la obligación de concurrente a solidaria, “pese a no haber sido materia de apelación”, cabe apuntar que “la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio, reclama el acatamiento del denominado *principio de congruencia o correspondencia* (Fallos: 237:328; 256:504, entre muchos otros)”.

“La doctrina ha denominado a la expresión de agravios ‘demanda de impugnación’, ya que importa un llamamiento legal a los jueces de la segunda instancia, mediatizado por el apelante; convocatoria que, en

principio, los habilita a decir el derecho, en la medida de esos agravios (*nemo iudex sine actore*; doct. del art. 271 *in fine* del CPCCN).

Nuestra organización procesal impone, pues, una limitación apriorística al conocimiento del tribunal de alzada, que no puede ir más allá de la competencia que le ha sido devuelta (*tantum appellatum, quantum devolutum*)”.

Examinado el expediente a la luz de esos principios, he de adelantar que el agravio no puede prosperar, pues, a mi criterio, la Cámara concedió algo que el propio interesado había propuesto en el acápite VI.4 de su expresión de agravios (cfr. fs. 1956/57 de las copias agregadas como cuerpo X), interpuesta contra la sentencia de primera instancia, pronunciándose de este modo sobre una *demanda de impugnación* preexistente.

De tal forma, –a contrario de lo sostenido por el impugnante– considero que el *a quo* no ha traspuesto el campo de actuación que le es propio, ni ha sustituido su voluntad por sobre una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria (Fallos: 311:1601; 316:1979; y 323:3351 cons. 7, a *contrario sensu*).

En otros términos, la Sala ha decidido sobre una cuestión que le fue propuesta, por lo que no ha incurrido en ninguna arbitrariedad al tratar el punto, del cual tampoco puede predicarse que haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

Sobre el particular, el *thema decidendum* fue propuesto por el recurrente al decir en el acápite aludido: “...el juez luego de calificar la obligación como concurrente y no solidaria atribuye a la misma las características que le son típicas a la solidaridad”. “Se atribuye a Citibank N.A. sólo parte de la responsabilidad, pero se lo condena por el todo”. “Esta es una flagrante contradicción que pone a la luz y ante V.E. las graves e insalvables inconsistencias de las que adolece la sentencia y que deberán ser subsanadas por el tribunal de alzada, haciendo lugar en su totalidad a los agravios y peticiones contenidas en el presente recurso de apelación” (v. fojas 33/34 del escrito de la demandada, obrante a fojas 1924/1975 de los principales).

Aclarado lo anterior, he de señalar, además, que la respuesta que brindó el *a quo* acerca del fondo del asunto, se remite al examen de

cuestiones de hecho y derecho común, ajenas a la instancia extraordinaria, de las que no advierto arbitrariedad, al tiempo que tampoco el apelante la ha alegado.

– VII –

Finalmente, en relación al agravio citado en el punto V.5 del recurso extraordinario, en cuanto se habría incluido como beneficiarios de la condena civil, a dos personas que no demandaron en estos autos –los señores Terzaghi y Bucci–, corresponde decir que ello no es así, toda vez que mediante la sentencia aclaratoria del 14 de septiembre de 2007, se confirma el monto resarcible referenciado en la sentencia aclaratoria de fojas 1849/50, en la que se indica la exclusión de los nombrados por no haber incoado demanda.

Consecuentemente, en mi opinión, el agravio carece de sustento, por cuanto no se corresponde con las circunstancias comprobadas de la causa.

– VIII –

Por todo lo expuesto, estimo corresponde que V.E. rechace la queja interpuesta y declare la improcedencia del recurso extraordinario interpuesto. Buenos Aires, 11 de febrero de 2009. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2010.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Citibank N.A. Sucursal Buenos Aires en la causa Lipnizky, Leonardo Jorge y otro s/ estafa y adulteración de documento privado equiparable a público –causa N° 45.981–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que confirmó la de primera instancia que había condenado al Citibank N.A. al pago de una suma de dinero en concepto de reparación por el daño material ocasionado, más el pago del veinte por ciento de esa suma a título de agravio moral cometido en perjuicio de dieciséis víctimas, la defensa de la mencionada entidad bancaria interpuso un recurso extraordinario cuya denegación originó la presente queja.

2º) Que en una intervención anterior, esta Corte –sentencia del 20 de marzo de 2007, en autos L.1043.XLI “Lipnizky, Leonardo y otro s/ estafa y adulteración de documento privado equiparable a público”– había revocado la sentencia apelada y ordenado el dictado de una nueva que supliera los graves defectos de fundamentación que aquella presentaba, tanto en cuestiones de hecho y prueba como de derecho.

3º) Que si bien es cierto que los agravios planteados remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba y de derecho común y procesal, ajenas –por regla y según su naturaleza– al remedio federal, ello no resulta óbice para su consideración por la vía intentada cuando la alzada ha incurrido nuevamente en falencias semejantes a las que esta Corte ya le había hecho notar, al omitir el examen de cuestiones relevantes oportunamente planteadas y susceptibles de dar correcta solución al caso, y al efectuar afirmaciones dogmáticas carentes de fundamento, obviando constancias de la causa y sin efectuar una correcta interpretación del derecho aplicable, todo lo cual vulnera los derechos constitucionales de defensa en juicio, debido proceso y propiedad.

4º) Que en este orden de ideas para poder establecer la pertinencia de un resarcimiento a cargo del tercero civilmente demandado, era menester evaluar la existencia de los presupuestos generales del deber de reparar, esto es, la lesión a un derecho jurídicamente protegido –que no sea ilegítimo, violatorio de la moral y del orden público–, una conducta antijurídica y el pertinente nexo causal.

5º) Que no resulta difícil advertir –tal como en varias oportunidades lo señaló la demandada– que lo reclamado no parece ser un daño jurídicamente resarcible toda vez que fueron los propios actores civiles quienes de manera voluntaria actuaron al margen de la normativa legal propia de estas operaciones, en el caso de autos una “mesa de dinero”

no autorizada por el Banco Central de la República Argentina, y evadiendo todo tipo de obligaciones fiscales, exponiéndose –al pretender mayores ganancias que las que ofrecía el sistema financiero formal– a la posibilidad de sufrir un detrimento patrimonial, como en definitiva ocurrió. En tal sentido, mal pueden pretender gozar de las garantías de las operaciones legales, cuando ellos mismos las habían soslayado.

Sin embargo, los magistrados intervinientes resolvieron no analizar esta cuestión, llegando incluso a desestimar la prueba solicitada sobre la base de considerar que “*no se investiga en autos la conducta de los querellantes*”, para incurrir así en una clara arbitrariedad al obviar el tratamiento de cuestiones oportunamente planteadas y –sobre todo– conducentes para la solución del conflicto, con una afirmación que carece de sustento, habida cuenta del examen que en casos de responsabilidad civil debe hacerse para evaluar la existencia de los mencionados presupuestos que justifiquen hacer lugar al reclamo de quienes se dicen injustamente dañados.

6º) Que el tribunal *a quo*, sin cuestionarse la existencia de los daños, entiende que, además de las conductas dolosas de Iaroway y Lipnizky que los causaron, existe responsabilidad objetiva del Banco conforme lo establecido en el art. 1113 del Código Civil, en el marco del cual el principal debe responder por el hecho ilícito del dependiente, sin tener en cuenta que los hechos ilícitos –la estafa en concurso real con falsificación– tuvieron lugar seis meses después de que Iaroway dejara de ser dependiente del Banco.

7º) Que este punto aparece también fundado en la sola voluntad de los jueces. Entre otras cosas, resultaba fundamental que se hubiera distinguido entre dos grupos diferentes de actores civiles conforme surge con claridad de la sentencia de condena obrante a fs. 1787/1829.

Por un lado, aquellos que, según sus propios dichos, comenzaron a realizar las operaciones extra bursátiles –que a posteriori les generaron daños patrimoniales– con la “*mesa de dinero*” de Leonardo Lipnizky y Stella Maris Iaroway directamente en la oficina sita en Esmeralda 1066, 6to. “B”, cuando aquélla ya había sido desvinculada del Citibank (cf. la situación de Jorge Rodolfo Mayorano –fs. 22/23, 52/52 vta.–, Juan Carlos Bello –fs. 29/29 vta., 51/51 vta.– y Rodrigo Silva Nieto –fs. 70/74, 78 vta.–), a cuyo respecto no existe ninguna posibilidad de responsabilizar a la entidad bancaria, que resulta evidentemente ajena a las cuestionadas operaciones comerciales.

Por otro lado, los que comenzaron a operar en la “mesa de dinero” de Iaroway y Lipnizky cuando aquella era aún dependiente de la institución bancaria (Néstor José Prado, Julio Oscar Fernández Mendy, Carlos Fernández Mendy, María Luisa Perrone, Soe Rizzo Corallo, Gustavo Spiritoso, Ernesto Vázquez, Jaime Posner, Pedro Keclach, Benigno Prado y Mabel Angélica Chiocchi, Demetrio Juan Ruiz Calderón y Manuel Cortizas Canedo).

Respecto de este último grupo de actores no se tuvo en cuenta el elemento fundamental que dirime la controversia y que, como ya se reseñó, fue obviado por el *a quo*: los daños sufridos por ellos se produjeron en los meses de marzo y abril de 1986, por lo menos seis meses después de la desvinculación de Iaroway del Banco, que fue el 8 de octubre de 1985.

De esta manera, por más que pudiera atribuírsele alguna conducta antijurídica a Iaroway mientras fue dependiente de la institución bancaria, ello no tendría mayor relevancia porque durante ese período no existió ningún daño en el patrimonio de quienes luego se constituyeron en actores civiles –por ejemplo, en esa época, Néstor Jorge Prado, Carlos Fernández Mendy, Ernesto Horacio Vázquez, Benigno Prado y Demetrio Juan Ruiz Calderón pudieron retirar parte de su capital colocado en la “mesa de dinero” y los pocos cheques que fueron presentados al cobro resultaron correctamente pagados, como surge de las declaraciones de Manuel José Cortizas Canedo y Julio Oscar Fernández Mendy–.

Además, contrariamente a lo afirmado por la cámara en punto a que Iaroway captaba a clientes del Banco y les ofrecía realizar operaciones extra bursátiles, los aquí reclamantes no eran clientes de la entidad, sino que se contactaron con ella a raíz de sugerencias de otras personas, exclusivamente para operar en la “mesa de dinero”.

Por lo tanto, si no existe ninguna responsabilidad de Iaroway por las consecuencias de sus acciones mientras era “dependiente” –en tanto no hubo consecuencias dañosas–, tampoco podrá existir la alegada responsabilidad refleja del principal (art. 1113 del Código Civil).

8°) Que además de imputarle al Banco aquella responsabilidad objetiva, el tribunal *a quo* también le endilga negligencia en algunas acciones concretas como el pago de cheques con firmas falsificadas y la entrega de numerosas chequeras de las cuentas que se utilizaban para garantizar las operaciones de la “mesa de dinero”.

Sin embargo, la normativa vigente al momento de los hechos aquí examinados (decreto 4776/63), establecía que la única manera de responsabilizar a un banco por el pago de cheques falsos era si la falsedad resultaba manifiesta, evidente o grosera, circunstancia que en estas actuaciones no se demostró respecto de los cheques pagados antes de marzo de 1986 (afirmando solamente las distintas pericias que algunas firmas eran ilegibles y no pertenecían a los titulares de las cuentas), a raíz de lo cual era obligación del Banco pagarlos, si había fondos suficientes para ello en la cuenta corriente.

9º) Que para justificar su afirmación relativa a la culpa del Banco, la cámara introdujo un argumento novedoso, al considerarlo negligente por su actuación posterior a la desvinculación de su empleada, al no haber cerrado las cuentas donde operaba la “mesa de dinero”, ni haber efectuado las notificaciones pertinentes al Banco Central de la República Argentina, sin hacer referencia a la normativa que le exigía a la entidad actuar de esa manera, circunstancia que señala la existencia de arbitrariedad también por falta de fundamento normativo.

10) Que, por otra parte, no deja de ser cierto, como lo sostuvo este Tribunal en reiteradas oportunidades que a las entidades financieras le son aplicables los principios establecidos en el art. 902 del Código Civil: cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (Fallos: 308:2461 y 317:687).

Pero justamente esta afirmación es aplicable por entero a la entidad bancaria, que al tomar conocimiento de lo que sucedía en la sucursal Florida, inició un sumario interno que culminó con la desvinculación de la empleada que estaba realizando operatorias que sabía no autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, y, con posterioridad, en marzo y abril de 1986, rechazó cheques por falta de fondo y con firmas falsificadas, lo que permitió llevar a juicio penal a Iaroway y Lipnizky y condenarlos por estafa.

11) Que, en definitiva, las estafas en concurso real con falsificación de documentos privados cometidas por Iaroway y Lipnizky, en momentos en que el Banco ya no tenía ninguna influencia en las operatorias, son conductas ajenas a la entidad bancaria —que por lo demás no se habría beneficiado en nada con ellas—, y son la verdadera causa de los daños, junto con la conducta asumida por los propios inversores.

Es claro que no hay conexión causal cuando la acción deba considerarse indiferente para la producción del daño, o cuando el acto, aunque factor esencial del resultado, solamente lo ha producido por la intervención de otras circunstancias, sobrevinientes a la acción del pretendido responsable.

En este contexto, la actividad del Citibank sólo puede ser considerada una mera condición remota de los resultados dañosos y no la causa adecuada de los mismos, aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado o debía regularmente producirlo.

12) Que en estas condiciones, el pronunciamiento recurrido resulta descalificable con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias, toda vez que carece de fundamentación y no resulta una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, lo cual vulnera la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Por todo lo expuesto, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que, por intermedio de la sala que siga en orden de turno, dicte un nuevo fallo con arreglo a lo resuelto. Reintégrese el depósito de fs. 92. Agréguese la queja a los autos principales, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE
DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal se desestima la queja. Dése por perdido el depósito de fs. 92. Hágase saber y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de hecho interpuesto por el **Citibank N.A. Sucursal Buenos Aires**, representado por el **Dr. Alejo Pisan** y patrocinado por el **Dr. Daniel Héctor Saint Jean**. Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 49, Secretaría N° 207**.

ACORDADAS Y RESOLUCIONES

AÑO 2010

JUNIO-SEPTIEMBRE

ACORDADAS (*)

1. Crear la Unidad de Discapacidad e Integración Laboral. –Nº 12–.
2. Disponer un incremento salarial del siete por ciento (7%) a partir del 01 de mayo de 2010 y del ocho por ciento (8%) a partir del 1 de julio de 2010 ambos remunerativos y bonificables para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial. –Nº 13–.
3. Autoridades de de feria julio 2010. –Nº 14–.
4. Declarar de interés la “IV Conferencia Nacional de Jueces”. –Nº 15–.
5. Jueces sustitutos –retribución–. –Nº 16–.
6. Presupuesto Corte Suprema de Justicia de la Nación año 2011. –Nº 17–.
7. Declarar inhábil el día 31 de agosto de 2010 para los tribunales nacionales y federales de la Capital Federal y el día 21 de septiembre de 2010 para los tribunales federales del interior del país. –Nº 18–.
8. Declarar de interés la “XVI Cumbre Judicial Iberoamericana” a realizarse en la República Argentina en el año 2012. –Nº 19–.
9. Presupuesto Corte Suprema de Justicia de la Nación y Poder Judicial de la Nación año 2011. –Nº 20–.
10. Inscripción de peritos para el año 2011. –Nº 21–.

(*) Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el Sitio Web www.csjn.gov.ar – Administración General – Acordadas.



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.

INDICE POR LOS NOMBRES DE LAS PARTES

Por nombre del actor

A., M.B. y otro: p. 777.
Administración Federal de Ingresos Públicos:
p. 935.
Aguirre, Ramona y otros: p. 859.
Alarcón, Francisco y otros: p. 1849.
Alegre de Ortiz, Deolidia: p. 828.
Apablaza Guerra, Galvarino Sergio: p. 1735.
Ascuá, Luis Ricardo: p. 1361.
Asociación por los Derechos Civiles: ps. 1251,
1254.
Asociación por los Derechos Civiles (ADC):
ps. 1212, 1217.
Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los
Ríos Limay y Negro: p. 1857.

B

Banco del Chubut S.A.: p. 1460.
Barroso, Enrique Gabriel: p. 1639.
Bea, Héctor y otro: p. 1623.
Belluccia, Marcelo Abel: p. 1316.
Benzrihen, Carlos Jorge y otro/a: p. 1808.
Bolsa de Cereales de Buenos Aires: p. 1446.
Boo, Héctor José: p. 1759.
Bruera, Alberto Miguel: p. 1828.
Bruno, Carlos Gustavo y otros: p. 1309.

C

Cajal, Orlando Antonio: p. 1789.
Canavesi, Eduardo Joaquín y otra: p. 831.
Casarino, Graciela Guillermina y otros: p. 1863.
Cavada, Juana Estela y otro: p. 1218.
Central Costanera S.A.: p. 1318.
Centrales Térmicas Patagónicas S.A.: p. 1192.
Centurión, Noel Arnaldo y otros: p. 1729.
Chedufau de Pinto, María Lilian: p. 792.

D

DECSA S.R.L.: p. 1643.
Desch, José Osvaldo: p. 1812.
DGI (autos Nobleza Piccardo TF 11.388-I):
p. 1817.
Día Argentina S.A. y otra: p. 1088.
Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apos-
tólica Romana: p. 1279.

E

Edelar S.A.: p. 1224.
Editorial Río Negro S.A.: p. 1130.
El Trébol S.A. Bodegas y Viñedos: p. 1257.
Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel: p. 866.

F

Ferreyra, Mauricio: p. 825.
Flores de Massari, María Cedermina: p. 1264.
Fogliano, José Carlos; Wettstein, José Alvis y otros:
p. 1325.

G

G., J. L.: p. 1053.
García, Raúl: p. 802.
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires: p. 1268.
Guzmán, Jorge Alberto: p. 1671.

H

Hermitage S.A.: p. 993.
Herrera, Ernesto Nicolás: p. 1805.

K

Keiler, Claudio David y otro: p. 796.

L

Lapadula, Pablo Víctor y otra: p. 1273.
 Lipnizky, Leonardo Jorge y otro: p. 1869.
 Locles, Roberto Jorge: p. 1331.
 Longombardo, Marta Cristina: p. 1133.
 López, Vanesa Maricel; Olié, Félix Adrián: p. 927.
 Lucca de Hoz, Mirta Liliana: p. 1433.

M

M. R. G. L. : p. 1397.
 Machado, Epifanio Roque: p. 1765.
 Martorelli, Luis Alberto y otros: p. 1017.
 Menéndez, Luciano Benjamín y otros: p. 1650.
 Metzger, Hugo y otro: p. 914.
 Moreno Herrera, Marcos Antonio: p. 1464.
 Morrow de Albanesi, Viviana María y otros:
 p. 1404.
 Moshe, Ben Ivgy: p. 1163.
 Munch, Gustavo Alejandro: p. 1235.

N

Neuquén, Provincia del: p. 924.
 Nievas, Mariano Ezequiel: p. 917.

O

Ochoa, José María y otros: p. 1732.
 Ojeda, Eduardo Ariel y otros: p. 1710.
 Olender, Julio: p. 1467.
 Ortiz, Marcelino y otros: p. 1156.

P

P. de la S., L. del C.: p. 1376.
 P., C. J.: p. 1143.
 Paganini, María y otro: p. 847.
 Panamerican Energy LLC Sucursal Argentina:
 p. 1386.
 Perriod, Christophe Alain Laurent: p. 1179.
 Previfort S.A.: p. 1062.

Q

Quaranta, José Carlos: p. 1674.
 Quiroga, Gabriela Beatriz: p. 1147.

R

Rabolini, Germán Adolfo: p. 855.

Rachid, María de la Cruz y otro: p. 1474.
 Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación
 de sus hijos menores): p. 1152.
 Romero, Christian Maximiliano: p. 1075.
 Rot Automotores S.A.C.I.F.: p. 1140.
 Rota, Sergio: p. 1442.
 Ruiz, Ramón Armando: p. 1469.

S

Salas, Dino y otros: p. 1784.
 Sandoval, David Andrés: p. 1687.
 Sedelli, Enrique y otros: p. 1354.
 Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A.:
 p. 1613.
 Sindicato Petrolero de Córdoba (TF 16.492-I):
 p. 1820.
 Soria, Carlos Alberto: p. 1723.
 Soria, David Rubén: p. 1619.
 Sosa, Eduardo Emilio: p. 1770.
 Szelagowski, Ricardo: p. 1841.
 Szpakowski, José Domingo: p. 819.

T

Thomas, Enrique: p. 1023.
 Ticera, Osvaldo Raúl: p. 1244.

U

Unión de Trabajadores Hoteleros Gastronómicos:
 p. 1401.

V

V., M. N. c/ S., W. F.: p. 1776.
 Valenzuela, César: p. 1205.
 Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo:
 p. 1657.

Z

Zanetti, Héctor Orlando: p. 1304.

Por nombre del demandado**A**

Administración Federal de Ingresos Públicos:
 p. 1863.

ANSeS: p. 828.

Arte Gráfico Editorial: p. 1331.

B

Banco de la Provincia de Buenos Aires: p. 1062.
Buenos Aires, Provincia de: ps. 1088, 1279, 1446.
Bukosky, Mariela: p. 1857.

C

Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la
Policía Federal: p. 1156.
Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco:
p. 1325.
Central Dock Sud S.A. y otro: p. 1849.

D

DGI: p. 1820.
Diario 'El Día' Soc. Impr. Platense SACI: p. 831.
Dirección General de Fabricaciones Militares:
p. 819.
Diversas Explotaciones Rurales S.A.: p. 1268.

E

E.N. - Mº de Justicia y Derechos Humanos de la
Nación - Serv. Penit. Federal: p. 1304.
E.N.A.: p. 1023.
EN Mº Justicia y DDHH: p. 792.
EN - Mº Economía - resol. 73/02: p. 855.
EN Mº J DNRA Y CREDITOS PERSONALES:
p. 1133.
EN Mº Planificación dto. 118/06 (ST): p. 777.
Ente Nacional de Regulación de Electricidad resol.
5, 6, 10, 29/93 y 109/04: p. 1318.
Esso S.A.P.A.: p. 1828.
Estado de la Provincia de Corrientes: p. 859.
Estado Nacional: p. 1309.
Estado Nacional - AFIP: p. 1841.
Estado Nacional - ley 26.122: ps. 1217, 1254.
Estado Nacional - ley 26.124: p. 1251.
Estado Nacional - ley 26.124 (DECI 495/06):
p. 1212.
Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext.,
Comercio Internacional y Culto: p. 1404.
Estado Nacional (Mº de Justicia) - dto. 1770/91:
p. 1354.
Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo So-
cial Instituto Nacional de Asuntos Indígenas):
p. 924.
Estado Nacional Secretaría de Turismo: p. 1623.

Estado Nacional y Obr. y Serv. Publ.: p. 1192.
Estado Nacional y/o Est. Mayor Gral. del Ejército
Arg.: p. 1152.

F

Fisco de la Provincia de Buenos Aires: p. 1218.

G

Gómez, José Mario y otro: p. 914.

H

Homicidio calificado por alevosía -causa nº
27.309/07-: p. 1789.

I

IATA SAIC y F y O.: p. 1442.
Industrias Magromer Cueros y Pielés S.A.:
p. 1808.
Intercorp S.R.L.: p. 935.

L

López, Hebe Beatriz: p. 1273.

M

Michelli de Brizuela, Silvia Graciela: p. 1316.
Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públi-
cos - Título 5 - ley 25.063: p. 993.
Municipalidad de General Sarmiento: p. 1613.

N

Neuquén, Provincia del: p. 1130.

P

P., G. E.: p. 1376.
Parmalat Compañía Láctea del Sur S.A.: p. 825.
PEN - ley 25.561 - dto. 214/02 y dto. 1735/04:
p. 847.
PEN Mº Justicia y DDHH resol. 273/00: p. 1244.
Provincia Aseguradora de Riesgos de Trabajo
S.A.: p. 1723.

(4)

NOMBRES DE LAS PARTES

Provincia de Santa Cruz: p. 1770.

R

Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas: p. 1474.

Río Negro, Provincia de: p. 802.

S

Salta, Provincia de y Estado Nacional: p. 1784.

San Luis, provincia de: p. 1710.

SE y M resol. 41/01 -ENRE- resol. 1576/98 (ex 3638/97): p. 1224.

Sevel Argentina S.A.: p. 1140.

SOMOSA: p. 1361.

T

Taddei, Eduardo y otro: p. 1433.

Tarakdjian, Eduardo y otro: p. 1467.

U

Unión de Trabajadores Supermercados California S.A.: p. 1401.

Universidad Nac. de Córdoba (Fac. de Cs. Agropecuarias): p. 1147.

Z

Zangari, Alejandro: p. 1264.

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

A) VOCES DE REFERENCIA*

A

ABOGADO

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 4, 5.

HONORARIOS (p. 65)

Regulación: 4.

ABSOLUCION DEL ACUSADO

NON BIS IN IDEM (p. 77): 1 a 4.

ACCIDENTES DE TRANSITO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 1 a 3.

ACCION CIVIL

RECURSO DE QUEJA (p. 84)

Depósito previo: 3.

(*) A partir de la edición del tomo 331 de la colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (año 2008) la modalidad del índice por materias ha sido modificada.

Se ha dispuesto que tal índice conste de dos partes:

–La primera parte corresponde a la lista de voces de referencia con la inclusión de las voces principales con las que se relacionan y con la indicación de los números de orden de los respectivos sumarios.

–La segunda parte corresponde al listado de las voces principales ordenadas alfabéticamente y con sus respectivos sumarios.

ACCION DE AMPARO

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (p. 50): 1.
LEGITIMACION PROCESAL (p. 70): 1, 2.
PRESUPUESTO (p. 80): 1.
RECURSO DE QUEJA (p. 84)
Depósito previo: 1, 3.

ACCION DECLARATIVA

ELECCIONES (p. 55): 1.

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 46): 1.
ELECCIONES (p. 55): 2.
FACULTADES NO DELEGADAS (p. 62): 1.

ACCIONES

CONTRATO DE SINDICACION (p. 49): 1.

ACTOS ADMINISTRATIVOS

CONCURSOS UNIVERSITARIOS (p. 47): 1.
SALARIO (p. 90): 1.

ACUERDO

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 4.

ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 1.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 1 a 10.
RETIRO VOLUNTARIO (p. 89): 1.

ADMINISTRACION PUBLICA

PRESUPUESTO (p. 80): 1.

ADOPCION

GUARDA DE MENORES (p. 64): 1.

ADUANA

ROBO (p. 90): 1.

ADULTERIO

FILIACION (p. 63): 1, 2.

AGRAVANTES

CONDENA (p. 47): 1, 2)

APERCIBIMIENTO

EJECUCION DE SENTENCIA (p. 54): 1.

ARANCEL

RECURSO DE QUEJA (p. 84)
Depósito previo: 2, 4.

ASOCIACION CIVIL

RECURSO DE QUEJA (p. 84)
Depósito previo: 1.

AUXILIARES DE LA JUSTICIA

LIBERTAD DE PRENSA (p. 71): 1, 2.

B

BANCO

ESTAFA (p. 58): 1.

BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

MESA DE DINERO (p. 76): 1.

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

CONTRATO DE SINDICACION (p. 49): 1.

BONOS EXTERNOS

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 2.

C

CADUCIDAD

CONCURSOS (p. 47): 1.

CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL

RECURSO DE CASACION (p. 83): 1, 2.

CARCELES

EXTRADICION (p. 60): 7, 8.

REINCIDENCIA (p. 87): 2.

CASO O CONTROVERSIA

LEGITIMACION PROCESAL (p. 70): 1.

CAUSA

ESTAFA (p. 58): 1.

CESACION DE PAGOS

CONCURSOS (p. 47): 1.

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

ADMINISTRACION FRAUDULENTA (p. 44): 1.

CODIGO DE MINERIA

HIDROCARBUROS (p. 64): 2.

CODIGO PENAL

PENA (p. 78): 5.

COMERCIO

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (p. 44): 1.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (p. 50): 1.

FACULTADES NO DELEGADAS (p. 62): 1, 2.

COMERCIO INTERJURISDICCIONAL

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 2, 3.

COMPETENCIA

ADMINISTRACION FRAUDULENTA (p. 44): 1.

CONCURSO PREVENTIVO (p. 47): 1.

DESPIDO (p. 52): 1.

SEPARACION DE PODERES (p. 91): 1.

COMPETENCIA FEDERAL

HIDROCARBUROS (p. 64): 3.

ROBO (p. 90): 1.

COMPETENCIA LOCAL

MEDIO AMBIENTE (p. 73): 2.

COMPETENCIA ORDINARIA

SECUESTRO EXTORSIVO (p. 91): 1.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

ELECCIONES (p. 55): 1, 2.

HIDROCARBUROS (p. 64): 1, 2.

MEDIO AMBIENTE (p. 73): 1.

CONCUBINATO

EXCESIVO RIGOR FORMAL (p. 59): 2.

CONCURSO DE DELITOS

PENA (p. 78): 1.

CONDENA

EXCESIVO RIGOR FORMAL (p. 59): 1.

INDULTO (p. 68): 1.

MENORES (p. 75): 3.

NON BIS IN IDEM (p. 77): 1 a 4.

PRINCIPIO PRO HOMINE (p. 81): 2.

REINCIDENCIA (p. 87): 1, 3.

CONFISCATORIEDAD

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 2, 3.

CONGRESO NACIONAL

DIVISION DE LOS PODERES (p. 54): 1.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD (p. 81): 1.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

PODER JUDICIAL (p. 79): 3.

RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 85)

Principios generales: 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 3 a 5.

CONSTITUCION NACIONAL

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 4.

HIDROCARBUROS (p. 64): 1.

LEGITIMACION PROCESAL (p. 70): 2.

MARINA MERCANTE NACIONAL (p. 72): 2, 3.

PENA (p. 78): 3, 4.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 5.

SEPARACION DE PODERES (p. 91): 1.

CONTAMINACION

MEDIO AMBIENTE (p. 73): 2.

CONTRABANDO

ROBO (p. 90): 1.

CONTRATO DE CONCESION

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 4.

CONTRATO DE TRABAJO

CONEXIDAD (p. 48): 1.
EXCESIVO RIGOR FORMAL (p. 59): 2.
MARINA MERCANTE NACIONAL (p. 72): 3.
RETIRO VOLUNTARIO (p. 89): 1.

CONTRATOS

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 1.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 1, 2.
DEFENSA DE LA COMPETENCIA (p. 50): 1.
DISCAPACIDAD (p. 53): 1 a 3.
EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 5.
HIDROCARBUROS (p. 64): 2.
IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 1.
MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 1.
PRINCIPIO DE LEGALIDAD (p. 81): 1.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 1 a 8.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 4.

CONTROL DE RAZONABILIDAD

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 1.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

EXTRADICION (p. 60): 1, 2.
MENORES (p. 75): 1.
MINISTERIO PUPILAR (p. 76): 1.

CONVENIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

PERSONERIA GREMIAL (p. 79): 1.

CORTE SUPREMA

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 1.

EJECUCION DE SENTENCIA (p. 54): 1.

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 2.

GUARDA DE MENORES (p. 64): 1.

RECURSO DE CASACION (p. 83): 1.

RECURSO DE QUEJA (p. 84)

Depósito previo: 2, 4.

SECUESTRO EXTORSIVO (p. 91): 1.

SEPARACION DE PODERES (p. 91): 1.

COSTAS

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 3.

Regulación: 4.

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES (p. 66): 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 2.

CUENTAS A LA VISTA

DEPOSITO JUDICIAL (p. 52): 2.

CUESTION ABSTRACTA

DISCAPACIDAD (p. 53): 1, 3.

MATRIMONIO (p. 72): 1.

CUESTION DE DERECHO COMUN

PENA (p. 78): 1.

SEPARACION DE PODERES (p. 91): 1.

CUESTION FEDERAL

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 46): 2.

CUESTIONES PROVINCIALES

ELECCIONES (p. 55): 1.

CULPA

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 71): 2.

D**DAÑO AMBIENTAL**

MEDIO AMBIENTE (p. 73): 3.

DAÑO CAUSADO POR ANIMALES

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 1.

DAÑO MORAL

DESPIDO (p. 52): 1.

DAÑOS Y PERJUICIOS

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 71): 1, 2.

LIBERTAD DE PRENSA (p. 71): 1.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA (p. 80): 1.

RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 85)

Principios generales: 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 1 a 6.

DEBIDO PROCESO

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 1, 2.

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 5.

GARANTIA DE IMPARCIALIDAD (p. 64): 1.

MEDIO AMBIENTE (p. 73): 3.

MINISTERIO PUPILAR (p. 76): 1.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 7.

REGLA DE EXCLUSION (p. 86): 1.

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

INTRODUCCION DE LA CUESTION FEDERAL (p. 69): 1.

MARINA MERCANTE NACIONAL (p. 72): 1.

DECLARACION JURADA

EJECUCION FISCAL (p. 54): 2.

DECRETO

PODER JUDICIAL (p. 79): 1.

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

MARINA MERCANTE NACIONAL (p. 72): 1 a 3.

DECRETO REGLAMENTARIO

DISCAPACIDAD (p. 53): 2.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FACULTADES NO DELEGADAS (p. 62): 2.

DEFENSA EN JUICIO

CONTRATO DE SINDICACION (p. 49): 1.

EXCESIVO RIGOR FORMAL (p. 59): 1.

EXTRADICION (p. 60): 6, 9.

MEDIO AMBIENTE (p. 73): 3.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 2, 7.

RECURSO IN FORMA PAUPERIS (p. 86): 1.

DEFENSOR DE MENORES

MINISTERIO PUPILAR (p. 76): 1.

DEFENSOR OFICIAL

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 1, 2.

RECURSO IN FORMA PAUPERIS (p. 86): 1.

DELEGACION DE ATRIBUCIONES ADMINISTRATIVAS

RECURSO DE QUEJA (p. 84)

Depósito previo: 2, 4.

DELITOS DE ACCION PUBLICA

EJECUCION DE SENTENCIA (p. 54): 1.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 49): 1.

INDULTO (p. 68): 1.

RECUSACION (p. 86): 1.

DELITOS POLITICOS

EXTRADICION (p. 60): 10.

DEPOSITO PREVIO

EXCESIVO RIGOR FORMAL (p. 59): 2)

DEPOSITOS A PLAZO FIJO

DEPOSITO JUDICIAL (p. 52): 1.

DEPRECIACION MONETARIA

IMPUESTOS INTERNOS (p. 68): 1.

PODER JUDICIAL (p. 79): 1, 2.

DERECHO A UN JUICIO RAPIDO

EXTINCION DE LA ACCION PENAL (p. 60): 1.

DERECHO COMUN

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 3.

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 89): 1, 2.

DERECHO DE PROPIEDAD

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 2, 8.

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 89): 1.

DERECHO DEL TRABAJO

PERSONERIA GREMIAL (p. 79): 1.
RIESGOS DEL TRABAJO (p. 89): 2.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MATRIMONIO (p. 72): 2, 3.

DERECHO PUBLICO LOCAL

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 46): 2.

DERECHOS ADQUIRIDOS

SALARIO (p. 90): 1.

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (p. 50): 1.
LEGITIMACION PROCESAL (p. 70): 2.
PRESUPUESTO (p. 80): 1.

DERECHOS HUMANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 49): 1.

DESERCION DEL RECURSO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 2.

DESPIDO

INTRODUCCION DE LA CUESTION FEDERAL (p. 69): 1.
MARINA MERCANTE NACIONAL (p. 72): 1.

DESTITUCION

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA (p. 80): 1.

DETENCION DE PERSONAS

INDEMNIZACION (p. 68): 1.

DEUDA PUBLICA

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 2, 3.

DIPLOMATICOS

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 1 a 3.

DIPUTADOS PROVINCIALES

ELECCIONES (p. 55): 1, 2.

DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 1.

DIVISION DE LOS PODERES

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 1, 4.

NON BIS IN IDEM (p. 77): 2.

PRESUPUESTO (p. 80): 1.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD (p. 81): 1.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 2.

DIVORCIO

FILIACION (p. 63): 1 a 3.

DIVORCIO VINCULAR

MATRIMONIO (p. 72): 3.

DOCENTES

CONCURSOS UNIVERSITARIOS (p. 47): 1.

DOCTRINA

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 1.

DOLARES ESTADOUNIDENSES

DEPOSITO JUDICIAL (p. 52): 1, 2.

E

EJECUCION DE SENTENCIA

RETIRO POLICIAL (p. 89): 1.

EJECUCION FISCAL

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 4, 6 a 9.

EJECUCION HIPOTECARIA

LETRAS HIPOTECARIAS (p. 70): 1.

EMBARGO

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 3 a 5, 7.

EMERGENCIA

MARINA MERCANTE NACIONAL (p. 72): 1.

EMPLEADOS PUBLICOS

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 1.

SALARIO (p. 90): 1.

ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 2.

ENTIDADES AUTARQUICAS

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 46): 1.

ERROR

CONDENA (p. 47): 2.

ESTADO NACIONAL

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (p. 50): 1.

FACULTADES NO DELEGADAS (p. 62): 2.

HONORARIOS (p. 65)

Regulación: 4.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION

PRESCRIPCION (p. 80)

Comienzo: 1, 2.

EXCEPCIONES

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 3.

EXCESIVO RIGOR FORMAL

PRINCIPIO PRO HOMINE (p. 81): 2.

EXILIO

INDEMNIZACION (p. 68): 1.

F**FACULTADES PRIVATIVAS**

SEPARACION DE PODERES (p. 91): 1.

FALSIFICACION DE INSTRUMENTOS PRIVADOS

ESTAFA (p. 58): 1.

FARMACIA

CASO O CONTROVERSIA (p. 46): 3.

FACULTAD REGLAMENTARIA (p. 62): 1.
IGUALDAD (p. 67): 1.

FEDERALISMO

DIVISION DE LOS PODERES (p. 54): 1.

FISCAL

DIVISION DE LOS PODERES (p. 54): 1.
EJECUCION DE SENTENCIA (p. 54): 1.

FISCAL DE ESTADO

IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 67): 1.

FISCO NACIONAL

HONORARIOS (p. 65)
Empleados a sueldo de la Nación: 1.

FONDOS PUBLICOS

ADMINISTRACION FRAUDULENTA (p. 44): 1.

FUERO DE ATRACCION

CONCURSO PREVENTIVO (p. 47): 1.

FUERZA MAYOR

IMPUESTOS INTERNOS (p. 68): 1.

FUNCIONARIOS JUDICIALES

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 4, 5.

FUNCIONARIOS PUBLICOS

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 71): 1, 2.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 1.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 1.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 2.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 2.

G

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

DISCAPACIDAD (p. 53): 1.

GOBERNADORES DE PROVINCIA

DIVISION DE LOS PODERES (p. 54): 1.

EJECUCION DE SENTENCIA (p. 54): 1.

GRAVAMEN

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (p. 44): 1.

GRAVEDAD INSTITUCIONAL

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 3.

PENA (p. 78): 3.

H

HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

FILIACION (p. 63): 1 a 3.

HOMOSEXUALIDAD

MATRIMONIO (p. 72): 1.

HONORARIOS

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 1.

HONORARIOS DE PERITOS

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 2, 3.

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES (p. 66): 1.

I

IGUALDAD

CASO O CONTROVERSIA (p. 46): 3.

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 3.

DISCAPACIDAD (p. 53): 2.

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 3.

NON BIS IN IDEM (p. 77): 2.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA

LEYES IMPOSITIVAS (p. 71): 1.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

EXENCION IMPOSITIVA (p. 59): 1, 2.

IMPUESTO DE SELLOS

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 46): 1, 2.

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

EJECUCION FISCAL (p. 54): 2.

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 1.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 1 a 5, 8.

INCAPACIDAD

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 1 a 4.

INCIDENTE DE REVISION

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 1.

INDEMNIZACION

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 1 a 4.

DESPIDO (p. 52): 1.

EXCESIVO RIGOR FORMAL (p. 59): 2.

MARINA MERCANTE NACIONAL (p. 72): 1.

RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 85)

Principios generales: 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 2 a 4, 6.

INDULTO

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 49): 1.

INHIBICION

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 3, 5.

INHIBITORIA

HIDROCARBUROS (p. 64): 1.

INTERES PUBLICO

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

LIBERTAD DE PRENSA (p. 71): 2.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 9.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

EXTRADICION (p. 60): 2.

FILIACION (p. 63): 1 a 3.

MENORES (p. 75): 4.

INTERESES

DEPOSITO JUDICIAL (p. 52): 2.

PODER JUDICIAL (p. 79): 2.

INTERESES RESARCITORIOS

IMPUESTOS INTERNOS (p. 68): 1.

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL

HIDROCARBUROS (p. 64): 1, 3.

INTERPRETACION DE LA LEY

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 2.

EMPLEADOS PUBLICOS (p. 57)

Incompatibilidad: 1.

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 4.

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 2.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 1.

INDEMNIZACION (p. 68): 1.

JUBILACION DE DOCENTES (p. 69): 1.

LETRAS HIPOTECARIAS (p. 70): 1.

MENORES (p. 75): 1.

PENA (p. 78): 1 a 5.

PODER JUDICIAL (p. 79): 1 a 3.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 5, 7, 9, 10.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 5.

TIPICIDAD (p. 92): 1.

INTERVENCION FEDERAL

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA (p. 80): 1.

INTERVENCION VOLUNTARIA

TERCEROS (p. 91): 1.

INTRODUCCION DE LA CUESTION FEDERAL

GARANTIA DE IMPARCIALIDAD (p. 64): 1.

NON BIS IN IDEM (p. 77): 4.

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

REGLA DE EXCLUSION (p. 86): 1.

IURA NOVIT CURIA

JUBILACION DE DOCENTES (p. 69): 2.

J**JUBILACION Y PENSION**

JUBILACION DE DOCENTES (p. 69): 1.

JUECES

DETENCION DE PERSONAS (p. 53): 1.
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA (p. 80): 1.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 1, 3, 5.
SEPARACION DE PODERES (p. 91): 1.

JUICIO CRIMINAL

DETENCION DE PERSONAS (p. 53): 1.
EXTINCION DE LA ACCION PENAL (p. 60): 1.
NON BIS IN IDEM (p. 77): 1, 2.

JUICIO EJECUTIVO

COMPRAVENTA (p. 46): 1.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 1.

JUICIO LABORAL

CONCURSO PREVENTIVO (p. 47): 1.

JURISDICCION Y COMPETENCIA

GUARDA DE MENORES (p. 64): 1.
INSANIA (p. 69): 1.
PERSONERIA GREMIAL (p. 79): 1.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 49): 1.
EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 2.

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES (p. 66): 1.
IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 3.
RECURSO DE CASACION (p. 83): 1.
SECUESTRO EXTORSIVO (p. 91): 1.

L

LEGISLADOR

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 2, 5.

LEGITIMACION PROCESAL

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 2, 5.

LETRAS HIPOTECARIAS

COMPRAVENTA (p. 46): 1.

LEY

MATRIMONIO (p. 72): 1.

LEY PENAL MAS BENIGNA

TIPICIDAD (p. 92): 1.

LEY REGLAMENTARIA

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (p. 50): 1.

LEYES COMUNES

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 3.

LEYES FEDERALES

HIDROCARBUROS (p. 64): 2.

LEYES IMPOSITIVAS

PRINCIPIO DE LEGALIDAD (p. 81): 1.

LEYES LABORALES

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 1, 2, 4.

LEYES MODIFICATORIAS

PENA (p. 78): 4.

LEYES NACIONALES

DISCAPACIDAD (p. 53): 2.

PRESUPUESTO (p. 80): 1.

LEYES PENALES

PENA (p. 78): 2 a 5.

TIPICIDAD (p. 92): 1.

LIBERTAD DE EXPRESION

LIBERTAD DE PRENSA (p. 71): 1, 2.

LICITACION

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 1.

LOCACION DE SERVICIOS

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 1.

LUGARES PUBLICOS

ESTUPEFACIENTES (p. 58): 1.

M

MAGISTRADOS JUDICIALES

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 4, 5.

MALA FE

CONTRATO DE SINDICACION (p. 49): 1.

MANDAMIENTOS

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 7.

MATRIMONIO

FILIACION (p. 63): 1, 3.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 1 a 5.

MEDIDAS CAUTELARES

MEDIO AMBIENTE (p. 73): 3.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 1.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

EXTRADICION (p. 60)

Extradición con países extranjeros. Trámite: 11.

MEDIDAS PRECAUTORIAS

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 2 a 10.

MENORES

EXTRADICION (p. 60): 1, 2.

GUARDA DE MENORES (p. 64): 1.

MINISTERIO PUPILAR (p. 76): 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 6.
RESPONSABILIDAD PENAL (p. 88): 2.

MERCADERIAS

ROBO (p. 90): 1.

MINISTERIO PUBLICO

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 2.

MORA

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 1.
IMPUESTOS INTERNOS (p. 68): 1.

MULTAS

INFRACCIONES LABORALES (p. 68): 1.

MUTUO

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 1.

N

NACION

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 1.

NO DISCRIMINACION

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 3.

NULIDAD

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 1, 5.
EXTRADICION (p. 60): 4.
MINISTERIO PUPILAR (p. 76): 1.
NON BIS IN IDEM (p. 77): 3.
RECURSO IN FORMA PAUPERIS (p. 86): 1.

REGLA DE EXCLUSION (p. 86): 1.

NULIDAD ABSOLUTA

CONCURSOS UNIVERSITARIOS (p. 47): 1.

P

PAGO

RETIRO VOLUNTARIO (p. 89): 1.

PENA

CONDENA (p. 47): 2.

MENORES (p. 75): 3.

REINCIDENCIA (p. 87): 1, 3.

TIPICIDAD (p. 92): 1.

PERICIA

MENORES (p. 75): 4.

PERICIA CONTABLE

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 3.

PERITOS

LIBERTAD DE PRENSA (p. 71): 1, 2.

PERSONAS JURIDICAS

FACULTAD REGLAMENTARIA (p. 62): 1.

PESIFICACION

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 1, 4.

PLAZO

AMICUS CURIAE (p. 44): 2.
CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 1.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 6.

PODER DE POLICIA

FACULTAD REGLAMENTARIA (p. 62): 1.
MEDIO AMBIENTE (p. 73): 1.

PODER JUDICIAL

IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 67): 1.

PODER LEGISLATIVO

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 2, 5.

PODERES PUBLICOS PROVINCIALES

PUBLICIDAD OFICIAL (p. 83): 1.

PRESCRIPCION BIENAL

PRESCRIPCION (p. 80)
Comienzo: 1.

PRESCRIPCION EN MATERIA PENAL

EXTINCION DE LA ACCION PENAL (p. 60): 1.

PRESUNCIONES

LEYES IMPOSITIVAS (p. 71): 1.

PRESUPUESTO

HONORARIOS (p. 65)
Empleados a sueldo de la Nación: 3.
LEGITIMACION PROCESAL (p. 70): 1.
RECURSO DE QUEJA (p. 84)
Depósito previo: 1, 3.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (p. 50): 1.
PRESUPUESTO (p. 80): 1.

PRISION PREVENTIVA

REINCIDENCIA (p. 87): 1 a 3.

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

ROBO (p. 90): 1.

PROCEDIMIENTO

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 2.

PROCEDIMIENTO LABORAL

DESPIDO (p. 52): 1.

PROCEDIMIENTO PENAL

MENORES (p. 75): 2.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

PROCESADO

INDULTO (p. 68): 1.

PROCESO

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 3.

PROCURADOR

IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 67): 1.

PRORROGA DEL FUERO FEDERAL

HIDROCARBUROS (p. 64): 3.

PROVINCIAS

ADMINISTRACION FRAUDULENTA (p. 44): 1.
CASO O CONTROVERSIA (p. 46): 3.
COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 46): 2.
CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 1.
DEFENSA DE LA COMPETENCIA (p. 50): 1.
DIVISION DE LOS PODERES (p. 54): 1.
ELECCIONES (p. 55): 1, 2.
ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 3.
FACULTAD REGLAMENTARIA (p. 62): 1.
FACULTADES NO DELEGADAS (p. 62): 2.
HIDROCARBUROS (p. 64): 1 a 3.
MEDIO AMBIENTE (p. 73): 2.
MOVILIDAD (p. 76): 1.
PUBLICIDAD OFICIAL (p. 83): 1.

PRUEBA

EXTRADICION (p. 60): 1, 6.
IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 3.
MENORES (p. 75): 3.
REGLA DE EXCLUSION (p. 86): 1.

PRUEBA DE HISTOCOMPATIBILIDAD

FILIACION (p. 63): 2.

PRUEBA DE NACIMIENTO

FILIACION (p. 63): 1 a 3.

PRUEBA HEMATOLOGICA

FILIACION (p. 63): 1, 3.

Q**QUIEBRA**

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (p. 45): 1.

R

RADIODIFUSION

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 1 a 5.

RAZONABILIDAD

IGUALDAD (p. 67): 1.

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 4.

RAZONABILIDAD DE LA LEY

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 1.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 9, 10.

REAJUSTE JUBILATORIO

JUBILACION DE DOCENTES (p. 69): 2.

REAL MALICIA

LIBERTAD DE PRENSA (p. 71): 1, 2.

RECURSO DE APELACION

EXTRADICION (p. 60)

Extradición con países extranjeros. Trámite: 11.

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 2.

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES (p. 66): 1.

INFRACCIONES LABORALES (p. 68): 1, 2.

RECURSO DE CASACION

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 4, 5.

EXCESIVO RIGOR FORMAL (p. 59): 1.

MENORES (p. 75): 1, 2.

PRINCIPIO PRO HOMINE (p. 81): 2.

RESPONSABILIDAD PENAL: 2.

RECURSO DE QUEJA

AMICUS CURIAE (p. 44): 2.

RECURSO DE REVISION

MENORES (p. 75): 3.

RECURSO EXTRAORDINARIO

AMICUS CURIAE (p. 44): 2.

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 2.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA (p. 67): 2.

INFRACCIONES LABORALES (p. 68): 2.

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 3.

MENORES (p. 75): 1.

PRESUPUESTO (p. 80): 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 2.

RESPONSABILIDAD PENAL: 2.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

EXENCION IMPOSITIVA (p. 59): 1, 2.

EXTRADICION (p. 60): 9.

IMPUESTOS INTERNOS (p. 68): 1.

REFINANCIACION HIPOTECARIA

EMERGENCIA ECONOMICA (p. 55): 5.

REFORMA CONSTITUCIONAL

LEGITIMACION PROCESAL (p. 70): 2.

REFUGIADO

EXTRADICION (p. 60): 9.

REGIMEN LEGAL

EMPLEADOS PUBLICOS (p. 57)

Incompatibilidad: 1.

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 4.

REGIMEN PENAL

MENORES (p. 75): 1, 2.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR

EMPLEADOS PUBLICOS (p. 57)

Incompatibilidad: 1.

REGLAMENTACION DE LA LEY

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 4.

REGLAS MINIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS DE LAS NACIONES UNIDAS

EXTRADICION (p. 60): 7.

RELACION DE DEPENDENCIA

HONORARIOS (p. 65)

Regulación: 4.

REMISION DE DEUDA

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 2.

Regulación: 4.

REMUNERACIONES

HONORARIOS (p. 65)

Empleados a sueldo de la Nación: 3.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 67): 1.

INDEMNIZACION (p. 68): 1.

PODER JUDICIAL (p. 79): 1 a 3.

RENTAS PUBLICAS

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 81): 1, 6, 8, 9.

RESPONSABILIDAD CIVIL

ESTAFA (p. 58): 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 85)

Principios generales: 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL

PRESCRIPCION (p. 80)

Comienzo: 1, 2.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 85)

Principios generales: 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 1 a 5.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 87): 6.

RESPONSABILIDAD PENAL

MENORES (p. 75): 1, 2.

RETIRO VOLUNTARIO

MOVILIDAD (p. 76): 1.

RIOS

CONEXIDAD (p. 48): 1.

S

SALARIO

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 1, 3.
CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 48): 4, 5.

SECUESTRO EXTORSIVO

MENORES (p. 75): 2.
RESPONSABILIDAD PENAL: 2.

SEGURIDAD JURIDICA

PENA (p. 78): 2.

SENTENCIA ARBITRARIA

COMPRAVENTA: 1.
CONCURSOS (p. 47): 1.
CONDENA (p. 47): 1.
CONTRATO DE SINDICACION (p. 49): 1.
DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 3.
ESTAFA (p. 58): 1.
HONORARIOS (p. 65)
 Empleados a sueldo de la Nación: 2.
HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES (p. 66): 1.
IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 67): 1.
LETRAS HIPOTECARIAS (p. 70): 1.
MOVILIDAD (p. 76): 1.
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA (p. 80): 1.
REINCIDENCIA (p. 87): 2.

SENTENCIA CONDENATORIA

MENORES (p. 75): 1, 2.
PENA (p. 78): 1, 6.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

DEPOSITO JUDICIAL (p. 52): 1.
DIVISION DE LOS PODERES (p. 54): 1.
EJECUCION DE SENTENCIA (p. 54): 1.
HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES (p. 66): 1.
MEDIO AMBIENTE (p. 73): 1.

SENTENCIA DEFINITIVA

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1, 2.
MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 3.
PUBLICIDAD OFICIAL (p. 83): 1.
RESPONSABILIDAD PENAL: 2.

SERVICIOS PUBLICOS

ENERGIA ELECTRICA (p. 57): 2, 4.

SERVIDUMBRE

HIDROCARBUROS (p. 64): 1 a 3.

SINDICATO

EXENCION IMPOSITIVA (p. 59): 1, 2.
PERSONERIA GREMIAL (p. 79): 1.

SISTEMA FEDERAL

FACULTADES NO DELEGADAS (p. 62): 1.

SOBRESEIMIENTO

PRESCRIPCION (p. 80)
Comienzo: 2.

SUBROGACION

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 2.

SUCESION

MATRIMONIO (p. 72): 3.

SUELDO

RETIRO POLICIAL (p. 89): 1.

SUICIDIO

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA (p. 80): 1.

SUPREMACIA DE LA NACION

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (p. 50): 1.

SUSPENSION

EXTRADICION (p. 60): 9.

Extradición con países extranjeros. Trámite: 11.

T

TELEVISION

MEDIOS DE COMUNICACION (p. 74): 1 a 5.

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

ESTUPEFACIENTES (p. 58): 1.

TENENCIA DE HIJOS

MENORES (p. 75): 4.

TIERRAS FISCALES

HIDROCARBUROS (p. 64): 1 a 3.

TOPES INDEMNIZATORIOS

ACCIDENTES DEL TRABAJO (p. 43): 1 a 3.

INTRODUCCION DE LA CUESTION FEDERAL (p. 69): 1.

TRANSPORTE DE PASAJEROS

DISCAPACIDAD (p. 53): 1 a 3.

TRATADO DE EXTRADICION

EXTRADICION (p. 60): 3.

TRATADOS INTERNACIONALES

DISCAPACIDAD (p. 53): 2.

FILIACION (p. 63): 2.

MATRIMONIO (p. 72): 2.

TRIBUNAL SUPERIOR

INFRACCIONES LABORALES (p. 68): 2.

RECURSO DE CASACION (p. 83): 2.

TRIBUNALES COLEGIADOS

RECUSACION (p. 86): 1.

TRIBUNALES EXTRANJEROS

GUARDA DE MENORES (p. 75) (p. 64): 1.

U

UNIFICACION DE PENAS

PENA (p. 78): 6.

UNION EUROPEA

EXTRADICION (p. 60): 5.

V

VERIFICACION DE CREDITOS

CONCURSO PREVENTIVO (p. 47): 1.

(42)

VIGENCIA DE LA LEY

VIGENCIA DE LA LEY

TIPICIDAD (p. 92): 1.

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

B) VOCES PRINCIPALES

A

ACCIDENTES DEL TRABAJO

1. El tope legal de reparación previsto en el art. 8, inc. a, segundo párrafo, de la ley 9688, según ley 23.643 –vigente al momento de los hechos–, para el caso de incapacidad parcial y permanente derivada de un accidente laboral –régimen de carácter tarifado que consideraba como daño reparable dinerariamente la pérdida de ganancias del trabajador y que suponía tomar en cuenta su salario y considerarlo reducido en medida igual al grado de su incapacidad–, resulta inconstitucional e inaplicable al caso, en cuanto a que la discapacidad de carácter permanente de la que se trata repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la frustración del desarrollo pleno de la vida que implicará la reformulación de su proyecto de vida, siendo inadecuada e insuficiente la reparación prevista en dicho régimen dado que, circunscripto legalmente el objeto de la indemnización dineraria a la sola pérdida de la capacidad de ganancia, ni siquiera posibilita que ésa sea evaluada satisfactoriamente por imponerle un tope a su cuantía: p. 1361.

2. Si bien el art. 8 de la ley 9688 (según ley 23.643) –régimen de carácter tarifado que fijaba un tope indemnizatorio para el caso de incapacidad parcial y permanente derivada de un accidente de trabajo–, atendió, como principio, a la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima, por medio del cómputo de la reducción de su salario, impidió que dicha finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales –como en el caso– resultó aplicable el importe indemnizatorio máximo que preveía: p. 1361.

3. La modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima: p. 1361.

4. Si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos

reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28) (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

–Del precedente “Aquino” (Fallos: 327:3753), al que remite–: p. 1361.

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Corresponde desestimar la acción de inconstitucionalidad si la peticionaria ha entendido configurada la situación de incertidumbre con la sola emisión de las normas y su confrontación con un esquema de desarrollo comercial operativo, cuya afectación resulta meramente especulativa, en tanto no se aportaron datos concretos acerca de los establecimientos que se proyectaba instalar, el ocurrente rechazo de tales propuestas, el inicio de los trámites y la demora o desestimación irrazonable o infundada, por lo cual los agravios constitucionales resultan meramente hipotéticos, sin que eventuales dificultades en la planificación empresarial motivadas en la mera existencia de ese plexo normativo, constituyan fundamento suficiente como para transformar en cierto y actual un gravamen que sólo se presenta como de naturaleza conjetural: p. 1088.

ADMINISTRACION FRAUDULENTA

1. Si se investiga el delito de defraudación a la administración pública por supuestas irregularidades –tales como contrataciones simuladas con empresas inexistentes y desvío de recursos para realizar propaganda política– cometidas por funcionarios de un organismo que recibe los fondos de la provincia pero éstos son administrados en la Ciudad de Buenos Aires, rige en el caso la competencia territorial y corresponde al juzgado nacional continuar con el trámite de las actuaciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1732.

AMICUS CURIAE

1. El recaudo de tener como única finalidad expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio no se cumple cuando la presentación del Amigo del Tribunal tiene por objeto que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado, lo que ocurre en el caso de la presentación realizada por la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina, en tanto es representante de numerosas empresas que han promovido acciones judiciales –muchas radicadas ante el Tribunal– por la misma cuestión debatida en los presentes autos: p. 1140.

2. A la luz de lo dispuesto en el art. 1º del Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal la presentación resulta extemporánea si el escrito no fue presentado en el curso de hecho sino en los autos donde tramita el recurso extraordinario, en los cuales ya se llamó autos para dictar sentencia y, aun cuando se lo considerase presentado en la queja, si bien, desde el punto de vista formal, en ésta no existe llamado de autos para

sentencia, de todos modos dicha presentación también sería extemporánea, en tanto desde la interposición de la misma ha pasado más de un año: p. 1140.

C

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

1. Cabe revocar la decisión que declaró la caducidad de la instancia extraordinaria local, en el marco del incidente de revisión deducido por la fallida contra la resolución que declaró admisible el crédito quirografario insinuado por la AFIP en concepto de intereses resarcitorios y punitivos de ciertas cargas y tributos, pues el tribunal local ha prescindido, sin dar fundamentos suficientes, de la consideración de cuestiones o argumentos oportunamente propuestos que, eventualmente, resultarían conducentes para la adecuada solución del litigio, situación que se encarece a la luz de la doctrina que sostiene que si tanto las notificaciones por cédula como la confección y diligenciamiento de los oficios habían sido realizados por la corte provincial, la actividad que se encontraba pendiente de ejecución –intimación para que se devolviese el oficio librado debidamente diligenciado– debía ser realizada por dicho tribunal, por lo que resulta injustificado hacer recaer sobre la recurrente la carga de impulsar el proceso.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay –en disidencia– declararon inadmissible el recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.)–: p. 1275.

2. La caducidad de la instancia halla su justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no configura un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, máxime cuando el trámite del juicio se encuentra en estado avanzado y los justiciables lo han instado durante años.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay –en disidencia– declararon inadmissible el recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.)–: p. 1275.

3. Por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar ritualísticamente el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio, por lo que no cabe extender al justiciable actividades que no le son exigibles en tanto la ley adjetiva no se las atribuya, sin riesgo de incurrir en una delegación no prevista legalmente, razón por la cual, cuando la parte queda exenta de la carga procesal de impulso, su inactividad no puede ser presumida como abandono de la instancia porque ello importarla imputarle las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los funcionarios judiciales responsables.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay –en disidencia– declararon inadmissible el recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.)–: p. 1275.

CASO O CONTROVERSIAS

1. Corresponde rechazar la demanda que persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires si no se configura un “acto en ciernes” que pueda ser prevenido por el pronunciamiento judicial que se solicita ya que la actividad que desplegaba Cáritas –entrega de muestras gratuitas recibidas en donación y de algunos medicamentos al precio de costo– no puede ser considerada como la actividad propia de una farmacia, con lo cual los actos administrativos mediante los cuales se denegó la autorización no pueden ser tomados como tal, y porque tampoco hay constancias de que la demandante haya iniciado trámite alguno ante las autoridades provinciales orientado a obtener la habilitación de una farmacia (Disidencia de las Drs. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay): p. 1279.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

1. Corresponde a la competencia originaria de la Corte la acción declarativa prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuestionando las normas que modificaron las obligaciones tributarias en relación al impuesto de sellos a aplicar sobre los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas, ya que como el objeto de la pretensión se vincula con la potestad y la obligación tributaria, que son aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada al órgano de la administración fiscal, la provincia demandada tiene interés directo en el pleito y debe reconocérsele el carácter de parte sustancial, sin perjuicio de la autarquía que posee la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), y corresponde además asignarle manifiesto contenido federal al caso: p. 1446.

2. No corresponde a la competencia originaria de la Corte la acción declarativa prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuestionando las normas que modificaron las obligaciones tributarias en relación al impuesto de sellos a aplicar sobre los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas ya que la misma sólo procede cuando la acción entablada se basa directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante, y el *thema decidendum* hace imprescindible dilucidar puntos de derecho público provincial, en tanto lo medular de la disputa remite necesariamente a determinar los alcances de las leyes 13.613, 13.787 y 13.930 de la Provincia de Buenos Aires y de la resolución 50/08 de la Dirección Provincia de Rentas) (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay): p. 1446.

COMPRAVENTA

1. Si bien las cuestiones referentes al reclamo del saldo insoluto de una compraventa inmobiliaria garantizado con la emisión de letras hipotecarias, remite al examen de cuestiones de hecho y de derecho común, ajenas –como regla y por su naturaleza– al recurso previsto por el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal principio cuando el pronunciamiento apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa, lo que se ha configurado en

el caso en razón de que la alzada ha exigido el cumplimiento de requisitos formales –inscripción en un registro especial– que no corresponde por cuanto se ha reclamado el cobro de una letra hipotecaria cartular: p. 1273.

CONCURSO PREVENTIVO

1. Dado que el artículo 4° de la ley 26.086 –que sustituyó el artículo 21 de la ley 24.522– dispone que los procesos de conocimiento en trámite y juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el proceso y verificar su crédito de conformidad con el trámite previsto por el artículo 32 del ordenamiento concursal, quedan excluidos de la radicación ante el juez que entiende en el proceso universal, si la actora insinuó su crédito en los términos de dicha norma, tal opción ejercida torna operativo el fuero de atracción del concurso: p. 825.

CONCURSOS

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de revocatoria concursal deducida con base en el conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor ya que al sostener que el acreedor no cumplió con los requisitos de admisibilidad de la acción de los arts. 120 y 124 de la ley 24.522 no obstante reconocer que la demanda se inició un día antes de expirar el plazo de caducidad, fundándose en que el acreedor no goza de un trienio completo para promover la acción ya que debe consumir tiempo para interpelar al síndico a fin de que la inicie y/o aguardar 30 días al efecto, dispuso una distinción que la norma no contempla.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1442.

CONCURSOS UNIVERSITARIOS

1. Corresponde revocar la sentencia que declaró la nulidad absoluta de las resoluciones del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Agropecuarias y del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba y de los actos administrativos dictados en su consecuencia si los mismos cumplen con todos los requisitos de validez del acto administrativo y el tribunal *a quo* se colocó en el rol de jurado y no se limitó a ejercer el control judicial que debe hacerse en los casos de selección del cuerpo docente universitario, máxime si el dictamen del jurado se ajustó a las normas vigentes expresando en su ampliación los criterios de puntuación y calificando conforme al procedimiento previsto en la reglamentación correspondiente.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1147.

CONDENA

1. Corresponde desestimar la queja si los magistrados del superior tribunal provincial hicieron un adecuado tratamiento de la cuestión relativa a la calificación de los hechos

a tal punto que, no sólo recogieron sucintamente de la sentencia de condena los fundamentos que a su juicio resultaban acertados, sino que a su vez realizaron un desarrollo argumental con base en doctrina y jurisprudencia que estimaron pertinente para su análisis y resolución, concluyendo que resultaba acertado el encuadre legal de los sucesos en la figura del art. 165 del Código Penal de la Nación, sin perjuicio de la tesitura que aplicaron respecto de la agravante por la utilización de armas de fuego.

–La Dra. Carmen M. Argibay consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibile (art. 280 CPCCN)–: p. 917.

2. Corresponde dejar sin efecto la sentencia en lo referido a la reducción de la pena si, más allá del error aritmético que patentiza, lo cierto es que el quantum fijado por el *a quo* importa una evidente contradicción que priva de adecuado sustento al fallo ya que si la disminución debía equivaler al aumento resultante de la agravante del art. 41 bis del Código Penal, la condena tuvo que reducirse teniendo en cuenta que dicho plus obedeció a los atenuantes ponderados y no por la concurrencia de la agravante (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 917.

CONEXIDAD

1. Corresponde revocar la decisión que admitió la competencia local y, por aplicación del *forum conexitatis* estatuido en el art. 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, disponer que las actuaciones originadas en la ruptura del vínculo laboral que mantenía la demandada con la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro, continúen su trámite conjuntamente con el proceso radicado ante la justicia federal, ya que resulta prioritario preservar la unidad de jurisdicción para decidir las controversias cuyo manifiesto grado de conexidad hace factible el dictado de sentencias contradictorias, o que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en el otro, máxime cuando mediante dicha solución se conserva el propósito de que los tribunales ante los que se sustancie el proceso se encuentren a una razonable proximidad del domicilio del trabajador: p. 1857.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

1. La ley 12.836 de la Provincia de Buenos Aires –cuya inconstitucionalidad fue declarada, precisamente, por no ajustarse a la norma nacional 25.344 a la que adhirió– no resulta apta para consolidar las obligaciones a cargo del Estado provincial originadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1999, ya que la prórroga establecida para las obligaciones generales por el art. 58 de la ley 25.725 –a la que alude el *a quo* para justificar la extensión en el orden local– sólo rige en el ámbito nacional y no puede operar de pleno derecho para los pasivos de la provincia, ya que ella es la única habilitada para decidir si adhiere a la prórroga en ejercicio de las facultades inherentes a su calidad de Estado autónomo (arts. 5° y 122 de la Constitución Nacional).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1218.

2. Corresponde revocar la sentencia que intimó a los organismos que deben restituir a la actora los honorarios pagados para que los cancelen en efectivo pues tales creencias se encuentran alcanzadas por la ley de consolidación 25.344 al reunir los requisitos

establecidos a dicho efecto, es decir, son de causa o título anterior al 31 de diciembre de 2001, consisten en dar una suma de dinero, se hallan a cargo del Estado Nacional y no están contemplados entre las excepciones previstas por aquél régimen, que no introduce distinción alguna en cuanto al origen de los fondos.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1318.

3. Corresponde confirmar la sentencia que ordenó a los organismos demandados la devolución de lo abonado por la actora a los peritos en concepto de honorarios disponiendo que el reintegro debía realizarse en efectivo, ya que el principio de igualdad reconocido por la ley quedaría desconocido si se exigiese a la actora, que pagó en efectivo la deuda a cargo de la demandada porque no pudo hacerlo en bonos, tener por cancelado su crédito en títulos de la deuda pública consolidada (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi): p. 1318.

4. Corresponde revocar la sentencia que dispuso que las sumas adeudadas se encontraban consolidadas por la ley 23.982 ya que quienes reclamaron el cobro de la proporción que les correspondía sobre los pagos instrumentados en el decreto 1770/91, con arreglo a la porcentualidad salarial establecida en la ley 22.969, que son beneficiarios de pagos por un título derivado, no pueden invocar una causa o título anteriores al decreto citado, limitándose su derecho al porcentual correspondiente a su cargo según el régimen salarial por entonces vigente y a los intereses derivados del incumplimiento del demandado y, atendiendo a la fecha de publicación del decreto, el crédito se encuentra sometido al régimen de consolidación establecido por la ley 25.344: p. 1354.

5. Al tratarse el decreto 1770/91 –que reconoció a todos los magistrados nacionales y funcionarios de jerarquía equivalente, que se hubieran desempeñado como tales entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990– de créditos a cargo del Estado Nacional que encuentran su origen en el reconocimiento de diferencias salariales devengadas durante un período determinado con anterioridad al 1° de abril de 1991, quedan alcanzados por la consolidación dispuesta por la ley 23.982, a lo que no obsta que el decreto mencionado se hubiera dictado en una fecha posterior (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–: p. 1354.

CONTRATO DE SINDICACION

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó al Banco de la Provincia de Buenos Aires a pagar la reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato de sindicación de acciones de mando y bloqueo concertado entre todos los accionistas si para atribuir responsabilidad al demandado por el incumplimiento de mala fe del contrato, con afectación del derecho de defensa en juicio, la sala omitió examinar prueba incorporada a la causa, valoró arbitrariamente la rendida e incurrió en contradicción.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1062.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Si el *a quo* dio razones suficientes para sostener que las autoridades estatales tenían la obligación de actuar *ex officio* para hacer cumplir la sanción impuesta a los respon-

sables de las graves violaciones a los derechos humanos, como también para declarar la inconstitucionalidad del decreto que dispuso el indulto, las objeciones que realizan los apelantes al alcance acordado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo se erige como una crítica parcial fundada en una interpretación distinta que deja incólume los fundamentos que sostiene el pronunciamiento recurrido: p. 1657.

2. Corresponde confirmar la sentencia que dejó firme el pronunciamiento que declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto de indulto 2741/90 y rechazar la crítica referida a la interpretación y aplicación por parte de la cámara *a quo* de la doctrina fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues la sujeción a la pauta establecida en uno de sus precedentes, según la cual las autoridades estatales deben actuar *ex officio* y sin dilaciones una vez advertido el incumplimiento de la obligación de evitar la impunidad y satisfacer el derecho de las víctimas, conllevó al tribunal interviniente a preterir las vallas formales que presentaba la ley doméstica para cumplir de este modo con la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino: p. 1657.

D

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

1. Cabe confirmar la sentencia que rechazó el amparo interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 22 y 24 de la ley 26.122 –Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia–, pues la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que éstos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, no llegándose a desvirtuar la conclusión de la cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial.

–Del precedente A.1319.XLIII “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional – ley 26.124 (DECI 495/06 s/amparo ley 16.986”, del 3/08/2010–: p. 1217.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 2°, 4°, 9°, 10, 11, 12 y concordantes de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires si al establecer limitaciones a las empresas por la única razón de pertenecer a un grupo económico o cadena y con la finalidad de controlar el impacto que su instalación puede tener sobre el mercado, legisló sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia, cuya regulación corresponde en forma excluyente al Congreso Nacional, dificultando el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso al dictar la ley 25.156, que debe prevalecer en virtud del

principio de supremacía federal previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda): p. 1088.

DEFENSA EN JUICIO

1. Si la defensora oficial se limitó a señalar que no existía prueba suficiente respecto de la autoría sin efectuar una crítica precisa y razonada de los argumentos en que se basaba la sentencia apelada corresponde decretar la nulidad del escrito de fundamentación del recurso extraordinario y del auto que lo denegó y devolver los autos al superior tribunal provincial a fin de que provea lo conducente para que se le otorgue al imputado una efectiva asistencia letrada con carácter previo a la decisión sobre la procedencia del recurso, ya que este déficit de fundamentación importó un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–Los jueces Lorenzetti, Petracchi y Argibay desestimaron la queja por no haber dado cumplimiento al art. 7º, inc. c, del reglamento aprobado por la acordada 4/2007–.

–La jueza Highton de Nolasco consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–: p. 1464.

2. La afirmación de que –a fin de cubrir la existencia del estado de indefensión según el régimen de subrogaciones del Ministerio Público– ante la ausencia de su defensor el imputado quedaba representado en forma automática por el asistente del co-imputado, constituye sólo una respuesta formal que no puede tener cabida –como lo demuestran las constancias de la causa cuya consideración el tribunal omitió– ya que no es jurídicamente posible que el mismo defensor se haga cargo de la asistencia de ambos imputados, habida cuenta del carácter contrapuesto de los intereses que cada uno de ellos mantiene en el proceso, que obsta a un patrocinio letrado común.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–La jueza Argibay, en disidencia, consideró que el recurso de interposición de la queja fue presentado fuera del plazo correspondiente (arts. 158, 282 y 285 del CPCCN)–: p. 1469.

3. El agravio fundado en la afectación de la garantía de defensa, en razón de la alegada incapacidad para estar en juicio remite a la valoración de circunstancias de hecho y a la interpretación de normas de derecho común que fue resuelta por los jueces de la causa con fundamentos suficientes, ya que la recurrente expone divergencias conceptuales en punto a las implicaciones que acarrearía el estado de salud de su asistido en el trámite de las actuaciones pero no rebate la totalidad de los fundamentos que sostienen racionalmente la sentencia apelada, ni demuestra que en la decisión del caso se haya incurrido en un error intolerable para una racional administración de justicia que de lugar a un supuesto de arbitrariedad que justifique la intervención de la Corte en una materia que, por su naturaleza, es propia de los jueces de las instancias ordinarias: p. 1657.

4. Corresponde desestimar la queja intentada ante la denegatoria de los recursos extraordinarios interpuestos contra el rechazo del recurso de casación deducido contra la sentencia que condenó a prisión perpetua si no se ha alcanzado a demostrar que las críticas sobre la actuación del letrado particular que asistió técnicamente al encausado con anterioridad resulten conducentes para sostener el estado de indefensión que se

alega, toda vez que el supuesto menoscabo a la garantía de defensa en juicio se apoya únicamente en un aspecto que ésta no cubre, como es la eficacia de su ejercicio, tal como lo reconocen los propios recurrentes en el remedio federal al encabezar el desarrollo de sus agravios en tal sentido.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–La jueza Carmen M. Argibay consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja es inadmisibles (art. 280 CPCCN)–: p. 1789.

5. La circunstancia de que las razones que el propio superior tribunal provincial invocó para rechazar el recurso de casación planteado por el letrado particular implicó reconocer que éste no contó con la asistencia técnica necesaria en la oportunidad procesal de revisión de la condena, tornando ineficaz la posibilidad de revisión del fallo, determina la nulidad de las actuaciones a partir del recurso de casación, ya que no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni): p. 1789.

DEPOSITO JUDICIAL

1. Tratándose de un depósito a plazo fijo en dólares estadounidenses –constituido con anterioridad al dictado de la Ley N° 25.561 por el juez a cargo del proceso universal con una finalidad de inversión–, es razonable que los intereses devengados como un accesorio de la obligación principal contraída por el banco, a los efectos del cálculo, sigan su suerte en lo que al signo monetario respecta, por lo que la decisión del *a quo* que condena al pago de dichos accesorios no se aparta de lo decidido anteriormente por la Corte en las actuaciones, en cuanto ordenó mantener en su moneda de origen los fondos depositados.

–Del precedente “Algodonera Lavallol S.A.” (Fallos: 333:394), al que la Corte remite–: p. 1264.

2. Los fondos judiciales colocados en una cuenta a la vista no devengan intereses por causa de la mora, a diferencia de lo que ocurre con los fondos invertidos a plazo fijo en los que se pretende un rédito por la indisponibilidad transitoria.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1264.

DESPIDO

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que al disponer la reducción de la condena en concepto de indemnización por despido desestimó el resarcimiento por daño moral reclamado con base en el derecho civil, pues nada autorizaba al tribunal decidir, al momento de dictar sentencia, que las circunstancias fácticas en las que se basaba dicha pretensión no eran susceptibles de juzgamiento en sede laboral, dado que la incompetencia solo puede ser declarada en las etapas previstas al efecto por las normas procesales vigentes, no pudiendo tener lugar en ocasión de ser resuelto definitivamente un asunto: p. 1723.

DETENCION DE PERSONAS

1. Si el procedimiento se basó en una supuesta “actitud sospechosa” atribuida al imputado, sin expresar en absoluto las circunstancias o la existencia de elementos objetivos que fundamentaran esa atribución, ya que entre otras omisiones del relato ni siquiera se describe saber cuál fue el comportamiento que se consideró sospechoso y qué es lo que cabía sospechar, no resulta posible determinar si la detención obedeció a “circunstancias que la justifiquen”, conforme lo exige el art. 13, inc. b, de la ley 688 de la Provincia de Santa Cruz y de acuerdo a los conceptos análogos de “causa probable” y “sospecha razonable”, ya que toda medida de coerción en el proceso penal, en tanto supone una injerencia estatal en derechos de rango constitucional, se encuentra sometida a restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada arbitrariamente y que en última instancia pueda ser sometida al escrutinio imparcial de los jueces (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

–La mayoría del Tribunal desestimó la queja por no haberse cumplido con el recaudo establecido en el art. 4° de la acordada 4/2007–: p. 1235.

DISCAPACIDAD

1. Aun cuando los actores –integrantes de una familia e impedidos de movilizarse por sus propios medios– ya obtuvieron los pasajes gratuitos que reclamaron para viajar todos juntos en el mismo ómnibus, en virtud de lo dispuesto en la ley 25.635 y el decreto 38/04, circunstancia por la cual el Estado Nacional demandado sostiene que la cuestión debatida ha devenido abstracta, es necesario un pronunciamiento sobre las cuestiones involucradas en la causa, dada la certeza de que un conflicto similar se reitera mientras las normas cuya constitucionalidad se impugnan –art. 4°, inc. b, del decreto 118/06, reglamentario de las leyes 22.431 y 25.635, que limita aquél derecho de gratuidad invocado–, continúen vigentes, siendo inadmisibles que los recurrentes deban iniciar una acción judicial ante cada negativa que reciban a su pedido de contar con pasajes gratuitos para viajar en un mismo ómnibus el grupo familiar más un acompañante, pues ello no sólo infringiría la garantía constitucional de acceder a la justicia en procura de obtener tutela para los derechos que estiman que les asiste.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 777.

2. El art. 4°, inc. b) del decreto 118/06 –en cuanto limita el beneficio de transporte gratuito para la personas con discapacidad, a una plaza para el discapacitado y una para su acompañante si el servicio cuanta con hasta cincuenta y cuatro asientos y a dos plazas para discapacitados y su acompañante, si la capacidad del vehículo de transporte fuera mayor–, es irrazonable y no se ajusta al espíritu de las leyes 22.431 y 25.635 –protección integral para dichas personas–, pues la amplitud de criterio que ha guiado al legislador en esta materia se ve restringida por aquella limitación en cuanto se pretende aplicar a la situación de los actores –familia integrada por cuatro personas con discapacidad para movilizarse que requieren de acompañantes–, al mismo tiempo que presenta como frustratoria de los derechos que les confiere la ley a fin de que puedan contar con posibilidades reales de integración, impidiéndoseles de participar en igualdad de condiciones y con equiparación de oportunidades junto al resto de la población,

que las autoridades deben garantizar tanto porque así lo disponen la legislación interna como los tratados internacionales suscriptos por la Nación: p. 777.

3. Aun cuando los actores –familia integrada por cuatro personas con discapacidad para movilizarse y que requieren acompañantes– ya obtuvieron en forma gratuita los pasajes que reclamaron para viajar todos juntos en el mismo ómnibus, circunstancia por la cual el Estado Nacional demandado sostiene que la cuestión debatida ha devenido abstracta, existe un interés en que la Corte se pronuncie, habida cuenta de la posibilidad de repetición de dicha cuestión, lo que justifica una decisión esclarecedora (Voto de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay): p. 777.

DIVISION DE LOS PODERES

1. El incumplimiento por parte de la Provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación imponiendo la restitución del Agente Fiscal ante el superior tribunal provincial, constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (arts. 5, 116 y 117 de la Constitución Nacional), a la par que afecta la relación de subordinación propia del federalismo al que deben sujetarse todas las provincias argentinas cuando reciben un mandato del poder federal de la República, por lo que corresponde poner en conocimiento del Congreso de la Nación el pronunciamiento del Tribunal a los fines de que adopte las medidas que considere pertinentes respecto de la situación informada: p. 1770.

E

EJECUCION DE SENTENCIA

1. Si el Gobernador de la Provincia de Santa Cruz no cumplió con el mandato que la Corte le impuso en un pronunciamiento anterior de disponer la reincorporación del Agente Fiscal ante el superior tribunal provincial sino que dictó un decreto por el cual requirió a la legislatura el desdoblamiento del cargo en dos similares, procede hacer efectivo el apercibimiento y dar intervención a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para que, por quien corresponda, se investigue la posible comisión de un delito de acción pública: p. 1770.

EJECUCION FISCAL

1. Si bien los pronunciamientos dictados en los procesos de ejecución fiscal no revisten, en principio, el carácter de sentencia definitiva que haga viable el remedio federal, en el caso se configura un supuesto de excepción en tanto la cuestión en debate –planto de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 que otorga facultades a la AFIP para

decretar y trabar medidas precautorias— excede el interés individual de las partes y afecta el de la comunidad en razón de su aptitud para incidir en la gestión de las finanzas del Estado y en la percepción de la renta pública: p. 935.

2. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso interpuesto contra la resolución que mandó llevar adelante la ejecución fiscal ya que —más allá de la falta de carácter de definitivas de las sentencias dictadas en este tipo de juicios— los tribunales inferiores se encuentran obligados a tratar y resolver adecuadamente las defensas fundadas en la inexistencia de deuda, siempre y cuando ello no presuponga el examen de otras cuestiones que excedan el limitado ámbito de tales procesos, y máxime considerando que la facultad asignada al fisco local para requerir el pago provisorio de impuestos vencidos a quienes no hubieran presentado declaraciones juradas debe interpretarse restrictivamente, por constituir una excepción al principio relativo a la determinación de oficio de las obligaciones tributarias y teniendo en consideración que, en dicho marco, el contribuyente cuenta con la vista que asegura la defensa de sus derechos.

—Las juezas Elena Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48)—: p. 1268.

ELECCIONES

1. Es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema la causa en la que los actores pretenden obtener certeza respecto de varias resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados provincial en el marco de comicios locales, pues el pleito es de naturaleza electoral y se rige por el derecho público local, y no obsta a ello la circunstancia de que el actor funde su pretensión en disposiciones de la Constitución Nacional y de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, toda vez que la cuestión federal no es la predominante en la causa.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—: p. 1710.

2. Corresponde a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema la causa en la que los actores pretenden obtener certeza respecto de varias resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados provincial en el marco de comicios locales, pues si bien quedan excluidos de tal jurisdicción los casos que requieren para su solución la aplicación de normas de derecho público local y el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, o legislativos de carácter local, dicho principio cede cuando la pretensión se funda exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso, o en tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Disidencia del Dr. Carlos. S. Fayt): p. 1710.

EMERGENCIA ECONOMICA

1. No obstan a la aplicación del precedente “Rinaldi” (Fallos: 330:855) las críticas atinentes a que el mutuo en litigio se encontraba excluido de las disposiciones de las leyes 25.798 y 26.167 por no cumplir con la fecha de mora, si de las actuaciones principales

no cabe admitir que los pagos efectuados en pesos a valor nominal con posterioridad a enero de 2002, aceptados “a cuenta” por los acreedores, resultaran suficientes para cancelar las cuotas respectivas y purgar el incumplimiento en que incurrieron los deudores: p. 914.

2. Una adecuada inteligencia del precedente “Galli” (Fallos: 328:690) permite afirmar que la Corte no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago –dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina– sino que estableció una doctrina de amplios alcances –con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente “Brunicardi” (Fallos: 319:2886)– en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas: p. 855.

3. La diversidad de trato entre los tenedores de títulos que registraron sus acreencias antes del 31 de diciembre de 2001 –momento a partir del cual se declaró el estado de cesación de pagos de la deuda pública– y aquellos que, como los actores, lo hicieron después de esa fecha –tres años después en el caso–, no se presenta como una discriminación que merezca reproche constitucional, sino como una razonable reglamentación de una diferente situación, siendo plausible además el motivo que esgrime el Estado Nacional para justificar la decisión estatal –evitar la posibilidad de manejos fraudulentos de los títulos de la deuda pública–, máxime cuando se advierte que, en el marco de una situación de emergencia pública, el legislador contempló varias excepciones al diferimiento general de los pagos (leyes 25.827 y 25.967). –El juez Zaffaroni, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma (art. 15 de la ley 48)–: p. 847.

4. Son inadmisibles los planteos atinentes a la aplicación lisa y llana de las normas sobre pesificación si se pondera que con posterioridad a su entrada en vigencia y a la luz de lo dispuesto por el art. 11 de la ley 25.561, las propias partes, en el marco de negociación previsto por la citada normativa, celebraron un acuerdo de pago en el que se apartaron de lo allí dispuesto y establecieron el modo en que debía cancelarse la deuda que no difiere, sustancialmente, del admitido por laalzada, por lo que no se advierten motivos para modificar la decisión apelada en cuanto a la moneda de pago: p. 1316.

5. Corresponde revocar la sentencia que confirmó el rechazo del pedido formulado por uno de los deudores para que los aportes del Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria se extendieran hasta cubrir el monto total de la sentencia que había quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada si la sentencia declaró la inaplicabilidad de las normas de emergencia económica en razón de que la mora se había producido con anterioridad a la entrada en vigencia de esas normas, circunstancia que habilita la aplicación de la ley 26.497, en razón de que la conjunción “y/o” utilizada por el art. 1º de la citada ley denota que no resulta necesario que se hubiese declarado la inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad tanto de las normas de emergencia económica como del régimen de refinanciación hipotecaria, sino que basta que se haya adoptado esa decisión respecto de uno sólo de esos bloques normativos: p. 1467.

EMPLEADOS PUBLICOS

Incompatibilidad

1. Cabe revocar la sentencia que admitió la acción de amparo iniciada por dos encargadas de Registros Seccionales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios que, al mismo tiempo que revestían como asesoras del H. Senado de la Nación, pretendían que no se les aplique el régimen de incompatibilidades por acumulación de cargos previsto en los decretos 8566/61, 9677/61 y sus modificatorios, pues el marco jurídico vigente –decreto 644/89 y modificaciones introducidas por decreto 2265/94– expresamente dispone que los encargados son funcionarios públicos dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales referidos, razón por la que no puede considerarse que ejercen una profesión liberal como sí lo hacen los escribanos, lo que permite concluir que se encuentran alcanzados por aquél régimen de acumulación de cargos e incompatibilidades, ya que a fin de quedar excluido de las prohibiciones que allí se contemplan es necesario que así lo disponga expresamente el ordenamiento o que ello surja de forma implícita pero indubitable.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1133.

ENERGIA ELECTRICA

1. Si lo convenido en los pliegos, la oferta y la adjudicación fue que se remunerara a las centrales térmicas por reserva fría, no cabe admitir que tal circunstancia pudiera válidamente modificarse con posterioridad a la adjudicación, pues la ley de la licitación o la ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo, por lo cual resulta evidente que la Resolución de la Secretaría de Energía 105/95, al derogar el art. 11 de la Resolución 163/92, no podía violar los derechos obtenidos por los adjudicatarios de la licitación hasta que el sistema del Mercado Eléctrico Mayorista Sistema Patagónico (MEMSP) se interconectara con el Sistema Argentino de Interconexión (SADI).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1192.

2. Dado que la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del art 75, inc. 13, 18 y 30 de la Constitución Nacional, ello justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos de quienes operan en el Mercado Eléctrico Mayorista, pues se encuentra involucrado el comercio federal de energía, y el marco normativo jurisdiccional que rige la materia –art. 10 de la reglamentación de la ley 24.065, complementaria de la ley 15.336– declara sujetos a jurisdicción nacional los contratos celebrados por los grandes usuarios cuando se ejecuten a través del Sistema Argentino de Interconexión, en virtud de que dicha ejecución implica emplear las instalaciones de transmisión y transformación que integran el sistema.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Ver también: “EDESAL S.A. c/ Resolución ENRE 472/01 y Resolución SE 716/05 y otros”, sentencia del 21 de setiembre de 2010–: p. 1224.

3. Para surgir la competencia jurisdiccional del ente regulador nacional, lo determinante es tanto la calidad de las personas involucradas –agentes del Mercado Eléctrico Mayorista nacional– como la materia que se disputa, es decir, las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte., careciendo de importancia que las redes por donde se desarrolla el transporte pertenezcan al sistema eléctrico provincial.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Ver también: “EDESAL S.A. c/ Resolución ENRE 472/01 y Resolución SE 716/05 y otros”, sentencia del 21 de setiembre de 2010–: p. 1224.

4. Toda vez que la materia del caso se centra en la sanción aplicada a la actora como consecuencia del incumplimiento en la calidad de la prestación adicional de la función técnica (FTT) del transporte de energía eléctrica, la disputa debe resolverse por aplicación del régimen estatuario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, descartándose la aplicación del art. 78 de la ley 24.065 –violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad–, pues para delimitar el alcance de dicha cláusula es preciso computar la totalidad de los preceptos legales de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Ver también: “EDESAL S.A. c/ Resolución ENRE 472/01 y Resolución SE 716/05 y otros”, sentencia del 21 de setiembre de 2010–: p. 1224.

ESTAFA

1. Corresponde revocar la sentencia que condenó a la entidad bancaria al pago de una suma de dinero en concepto de reparación por el daño material ocasionado si las estafas en concurso real con falsificación de documentos privados en momentos en que el banco ya no tenía ninguna influencia en las operatorias son conductas ajenas a éste –que por lo demás no se habría beneficiado en nada con ellas– y son la verdadera causa de los daños, junto con la conducta asumida por los propios inversores y en este contexto la actividad de la entidad bancaria sólo puede ser considerada una mera condición remota de los resultados dañosos y no la causa adecuada de los mismos, aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado o debía regularmente producirlo.

–El juez Lorenzetti, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja, era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–: p. 1869.

ESTUPEFACIENTES

1. Cabe entender a la justicia local –que además previno –en la causa iniciada por la detención de quien se encontraba fumando un cigarrillo de marihuana en una plaza junto a su pareja y su hija, hallándose además sustancia en su poder, pues no constituye uso ostentoso de estupefacientes tal como lo requiere el art. 12 de la ley 23.737 –hipótesis en que sería de competencia federal–, no haciendo referencia dicha norma al mero consumo en lugares expuestos al público, sino que exige que tal consumo sea realizado con ostentación y trascendencia, lo que implica incluir en la figura la exigencia

de un determinado resultado, esto es, la trascendencia al público y una modalidad de conducta— con ostentación—, entre los que existe una indudable relación.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—: p. 1805.

EXCESIVO RIGOR FORMAL

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió examinar —al amparo de un excesivo rigor formal— tanto las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria, como así también lo alegado en cuanto a una interpretación del art. 146 del Código Procesal Penal de la Nación que el recurrente entendió errónea y contraria al derecho constitucional de defensa en juicio.

—Los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)—: p. 796.

2. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que desestimó el recurso de inaplicabilidad de ley con fundamento en que no se había efectuado el depósito que exige el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones y en que la persona que se presentó a reclamar la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo no se encontraba entre quienes la ley procesal local consideraba exenta de dicha obligación ya que la peticionante pretendía acreditar su carácter de concubina y ni siquiera tuvo la oportunidad de que se la tuviera por presentada a fin de ser oída, y sus reiterados intentos se vieron frustrados con distintas reglas rituales que bien pudieron ser subsanados, inclusive mediante el ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 36, inc. 2.c, del ordenamiento procesal local (ley N° 2335), a fin de esclarecer la verdad de los hechos.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

—Los Dres. Lorenzetti y Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)—: p. 1765.

EXENCION IMPOSITIVA

1. Resultan atendibles los agravios si su examen importaría volver sobre cuestiones que ya fueron objeto de debate y decisión en un juicio seguido entre las mismas partes y donde el Tribunal señaló que la actividad del sindicato al prestar servicios hoteleros a terceras personas ajenas no asociadas no se encuentra exenta del impuesto al valor agregado, ya sea que la cuestión se enfoque desde las normas de la ley de ese tributo o bien desde la perspectiva de la ley 23.551, máxime al no haber una diferencia sustancial entre las exenciones previstas en el art. 6°, inc. j, ap. 6 de aquélla y en el art. 39 de ésta, en tanto en ambos ordenamientos tal beneficio no es otorgado a cualquier acto realizado por la entidad sindical, sino solamente a los relacionados en forma directa con sus fines específicos o destinados específicamente a determinadas funciones propias de ellos: p. 1820.

2. Si, frente a la ausencia de elementos de convicción en la causa que demuestren lo contrario, es dable concluir que las ganancias que resultan de la prestación de servicios de hotelería a personas no afiliadas a la entidad gremial conforman una masa de recur-

sos que el sindicato actor, en tanto entidad sin fines de lucro, destina a brindar prestaciones o servicios orientados a mejorar la calidad de vida de los trabajadores afiliados, resulta posible sostener que los servicios de hotelería prestados por la recurrente se relacionan con sus fines específicos, por lo que se hallan comprendidos en la exención prevista en el art. 6º, inc. j, pto. 6 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni): p. 1820.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL

1. Corresponde revocar la sentencia y declarar extinguida la acción penal (art. 16, segunda parte, de la ley 48) si el procedimiento recursivo se prolongó durante diez años con lo cual excede todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal y la suspensión del trámite para que se sustancie un incidente de prescripción no haría más que continuar dilatando indebidamente la causa cuya prolongada duración por casi trece años –que no puede ser atribuida al imputado ni a la complejidad del caso–, viola ostensiblemente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. –Los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)–: p. 1639.

EXTRADICION

1. Corresponde confirmar la resolución que hizo lugar al pedido de extradición si el agravio fundado en la ausencia de prueba que sustente el pedido es mera reiteración del que fuera ventilado en el debate y considerado por el *a quo* de forma ajustada a derecho, la existencia de hijo/s menor/es no está contemplada como causal que impida la extradición de su/s progenitor/es ni en el tratado de extradición aprobado por la ley 25.304 ni en la ley de Cooperación Penal Internacional 24.767 y la recurrente no se hizo cargo de lo ya actuado por el juez interviniente para garantizar el derecho a ser oído de las menores (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño): p. 927.

2. No sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del “interés superior del niño”, por lo que cada una de las autoridades a las que compete intervenir en lo que resta del procedimiento de extradición, en las sucesivas decisiones y medidas que adopte, deberá estudiar, en la oportunidad y bajo la modalidad que mejor se ajuste a las particularidades del caso y en forma sistemática, cómo los derechos y los intereses de las hijas de la requerida pueden verse afectados, recurriendo a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que, sobre la integridad de la/s menor/es pudiera, a todo evento generar la concesión de la extradición de su progenitora: p. 927.

3. No puede desacreditarse la decisión que hizo lugar a la extradición y tuvo en consideración las constancias oportunamente acompañadas al pedido formal, que son las exigidas por el Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay, ya que la demanda de haber omitido acompañar elementos probatorios suficientes y sólidos que justifiquen la extradición no se encuentra entre las exigencias enumeradas en dicho

tratado, de forma que al no ser un requisitos convencional, mal puede intentarse que su falta ocasione el rechazo del extrañamiento (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto–: p. 927.

4. Corresponde desestimar la nulidad planteada contra la decisión que declaró procedente la extradición solicitada si constituye –en lo sustancial– mera reiteración de la que ya fue ventilada en el trámite de extradición, debidamente considerada por el *a quo* de forma ajustada a derecho y a la ley de cooperación internacional en materia penal N° 24.767, sin que la parte se hiciera cargo de refutar las razones brindadas: p. 1179.

5. Ante el silencio del legislador argentino en punto a calificar la “resolución judicial” que “ordenó el libramiento de la solicitud de extradición” del art. 13, inc. d) de la ley 24.767, no se advierten reparos para que a ese sólo efecto y con ese exclusivo alcance, se adopte la interpretación de “autoridad judicial” que ofrece la Decisión Marco relativa a la orden de detención y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros, dictada el 13 de junio de 2002 por el Consejo de la Unión Europea e implementada en el derecho francés mediante la sanción de la ley francesa N° 2004–204 del 9 de marzo de 2004, según la información proporcionada por los Estados Miembros a la Secretaría General del Consejo sobre el punto (art. 6.3. de la citada Decisión), y que en el caso fue presentada por el Teniente Fiscal de la República de Francia: p. 1179.

6. Corresponde confirmar la resolución que declaró procedente la extradición a la República de Paraguay si los agravios referidos a que la prueba para vincular al requerido con el hecho atribuido resultaba notoriamente insuficiente y a que el proceso carecía del control de una defensa técnica, remiten al conocimiento de cuestiones de fondo que resultan ajenas a este trámite y que deben ser ventiladas ante los tribunales del Estado requirente, toda vez que se dirigen a cuestionar la legalidad del procedimiento extranjero: p. 1205.

7. Corresponde que el juez de la causa –previo a la entrega del requerido a través de su extradición– recabe de su par extranjero las condiciones de detención a las que estará sometido en el marco de los estándares de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas y solicite –de ser necesario– las debidas garantías para preservar su vida y seguridad personal: p. 1205.

8. Con respecto al supuesto peligro de ser sometido el extraditado a tratos inhumanos en razón del estado carcelario de la República del Paraguay, corresponde tener en cuenta, no tanto las referencias genéricas a una situación determinada sino si en la causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay): p. 1205.

9. Corresponde reanudar el trámite del recurso ordinario de apelación si el mantenimiento de su suspensión, más allá del plazo ya transcurrido y a la espera de la resolución firme que se adopte en un trámite de refugio que a más de 5 años de iniciado aún no tiene decisión en primera instancia por parte de la Comisión Nacional para los Refugiados, conduciría a prolongar *sine die* la resolución sobre la extradición, con riesgo de comprometer severamente los intereses que confluyen en este tipo de procedimientos con grave e injustificado perjuicio del requerido en vulneración de la garantía de la defensa en juicio y afectación tanto del interés del estado requirente en el juzgamiento de todos los delitos que son de su competencia como del interés común de los Estados

requerido y requirente en el respeto estricto de las reglas que rigen la extradición entre ellos: p. 1735.

10. Corresponde revocar la resolución apelada y declarar procedente la extradición solicitada por la República de Chile si, cualquiera sea el criterio que se adopte para definir un delito como político, esta característica de ninguna manera se exhibe en un caso de homicidio agravado y secuestro extorsivo, una de cuyas víctimas revestía la condición de funcionario del Estado y si, en lo que concierne a la esfera intencional del requerido, al declarar en oportunidad de llevarse a cabo el juicio, no formuló la más remota alusión de que hubiera obrado bajo la influencia de una motivación política: p. 1735.

Trámite

11. Cabe suspender el trámite de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia que concedió parcialmente la extradición, admitiéndola a fin de cumplir el resto de la condena impuesta por los delitos de conspiración para cometer un delito grave, robo en grupo, tentativa de robo en grupo y destrucción de pruebas, rechazándola por el delito de fuga y por la condena impuesta por los delitos de homicidio, conspiración para cometer el delito grave y posesión ilegal de arma, pues resulta oportuno –como medida complementaria y previa a cualquier otra consideración– que el Estado requirente brinde las “seguridades” referidas en el artículo 11, inciso e) de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal: p. 1163.

F

FACULTAD REGLAMENTARIA

1. La disposición del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires es inconstitucional tanto en virtud de la extralimitación del legislador provincial en el ejercicio de la potestad reglamentaria correspondiente a su poder de policía cuanto por la irrazonabilidad intrínseca que exhibe en lo referente a los sujetos habilitados para ser titulares de establecimientos farmacéuticos, no dando cabida a las sociedades constituidas bajo un tipo societario diverso al allí referido, a personas de derecho público no estatal, a las asociaciones civiles, a las organizaciones no gubernamentales ni a ningún otro sujeto cuya personalidad jurídica no encuadre en alguna de las figuras taxativamente enumeradas (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda): 1279.

FACULTADES NO DELEGADAS

1. Si la mera entrada en vigencia de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires tiene ya una incidencia sobre los intereses de la parte actora, ella se encuentra legitimada para promover a través de una acción declarativa de certeza el examen concerniente al poder que tiene la provincia para dictarla en el marco del sistema federal pero, al no tratarse de una ley que verse sobre temas propios de la legislación nacional sino

del poder para dictar normas que reglamentan la habilitación de cierto tipo de locales destinados al comercio minorista, está dentro de las facultades de las provincias para establecer el modo de ejercicio de los derechos individuales en general y, en especial, para regular la práctica del comercio que se lleva a cabo dentro de su territorio (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay): p. 1088.

2. Corresponde rechazar la demanda si la actora debió haber descripto con precisión el conflicto que según ella se verifica entre la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires y las normas nacionales –leyes 25.156, 24.240 y decreto 2284/1991– y, si fuese un conflicto de hecho, probar que, en la práctica, la aplicación de la ley provincial provoca un severo entorpecimiento de las políticas nacionales, de modo tal que el único camino a transitar por la Corte fuera el de restar validez a las normas locales en orden a establecer la procedencia del derecho, ya que no se trata de una ley que verse sobre temas propios de la legislación nacional, sino del poder para dictar normas que reglamentan la habilitación de cierto tipo de locales destinados al comercio minorista y que, por consiguiente, está dentro de las facultades de las provincias para establecer el modo de ejercicio de los derechos individuales en general y, en especial, para regular la práctica del comercio que se lleva a cabo dentro de su territorio (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay): p. 1088.

FILIACION

1. Cabe revocar la sentencia que rechazó la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial –prueba de ADN de una de sus hijas– ofrecida por el demandado reconviniente en el juicio de divorcio, al imputar a su cónyuge que no obstante haber reconocido voluntariamente a la menor la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio, pues no eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para la niña redundaría en un beneficio más que en un perjuicio, sumado a que dicho examen requería que ésta pudiese dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre: p. 1376.

2. La existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas, y tales reglas hermenéuticas respecto del “interés superior del niño” (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en el que la madre se opone a la realización de la prueba de ADN requerida por su cónyuge en el juicio de divorcio, respecto de una de sus hijas, alegando que no obstante haberla reconocido voluntariamente, no habría sido concebida en el seno del matrimonio: p. 1376.

3. Cabe revocar la sentencia que rechazó la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial –prueba de ADN de una de sus hijas– ofrecida por el demandado reconviniente en el juicio de divorcio, al imputar a su cónyuge que no obstante haber reconocido voluntariamente a la menor la niña no habría sido concebida en el seno del

matrimonio, pues el objetivo del demandado no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resultando razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda): p. 1376.

G

GARANTIA DE IMPARCIALIDAD

1. Corresponde revocar la sentencia que fue suscripta por dos jueces que al examinar el caso en una intervención anterior ya habían llegado a una conclusión semejante y que no se limitó a cuestiones sólo relativas a la admisibilidad formal del recurso, sino que, por el contrario, apoyó el rechazo del recurso en consideraciones de fondo, atinentes a la responsabilidad del acusado, ya que aun cuando el agravio relativo a la violación de la garantía de imparcialidad sólo fue introducido en oportunidad del recurso de queja, el procedimiento seguido por el *a quo* no satisfizo los estándares mínimos del debido proceso (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi): p. 1075.

GUARDA DE MENORES

1. Corresponde dejar sin efecto la resolución que desestimó la competencia de los jueces argentinos en favor de los tribunales de Paraguay si en materia de guarda preadoptiva los patrones fictos no son, en principio, adecuados para dilucidar los asuntos relativos a la competencia y el tribunal se adhirió a un factor formal –domicilio paterno denunciado en la partida de nacimiento– sin indagar en los componentes efectivos de la situación del infante, quien habitaría en territorio nacional desde el momento de su nacimiento y, en atención al tiempo transcurrido desde el inicio del pedido de guarda, puesto que es prioritario asegurar la protección de los derechos fundamentales del niño, corresponde en ejercicio de la facultad contemplada en la segunda parte del art. 16 de la ley 48, disponer el juzgado que deberá conocer en las actuaciones. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1017.

H

HIDROCARBUROS

1. Dado que la materia federal en cuestión remite al examen de las facultades que una provincia se irroga para cobrar el canon de una servidumbre constituida sobre tierras fiscales, frente a la gratuidad que a su respecto consagran las disposiciones de la

ley 17.319 y el art. 158 del Código de Minería, y en dicho marco, las objeciones que se esbozan a dicho código se vinculan con aspectos atinentes a la política federal en materia de hidrocarburos, en la medida que el régimen especial que la regula exceptúa de ese gravamen a dichas servidumbres, cabe admitir la inhibitoria planteada y declarar la competencia originaria de la Corte, en los términos del art. 117 de la Constitución Nacional, existiendo razones institucionales que imponen aplicar el principio de interpretación restrictiva de dicho precepto constitucional.

–En igual sentido: N.74.XLIV “Neuquén, Provincia del c/ Chevron San Jorge S.R.L. s/ ordinario, 10/08/2010–: p. 1386.

2. La tacha de inconstitucionalidad de las normas federales –arts. 66 y 67 de la ley 17.319, Hidrocarburos– y del Código de Minería pretendida por una provincia, y la impugnación a la ley local 2183 pretendida por la empresa adjudicataria –a la cual, invocando una servidumbre hidrocarburífera, aquélla le demanda el pago de una indemnización por rubros diversos derivados de la ocupación y uso de tierras fiscales que le habían sido otorgadas gratuitamente por el Estado Nacional– constituyen una típica cuestión originaria, temperamento que no se ve alterado por la sanción de la ley 26.197, pues no cabe asignarle a sus disposiciones la virtualidad de modificar la competencia del Tribunal en punto a la índole federal de la materia objeto del pleito, máxime cuando el artículo 2º en fine mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.

–En igual sentido: N.74.XLIV “Neuquén, Provincia del c/ Chevron San Jorge S.R.L. s/ ordinario, 10/08/2010–: p. 1386.

3. Si el estado local al iniciar demanda ante el juez de primera instancia –en virtud de la cual, invocando una servidumbre hidrocarburífera, le reclama a la empresa adjudicataria el pago de una indemnización por rubros diversos derivados de la ocupación y uso de las tierras que le habían sido otorgadas por el Estado Nacional gratuitamente– declinó el privilegio que le otorga el artículo 117 de la Constitución Nacional, cabe desestimar la inhibitoria planteada, pues el carácter “exclusivo” del que habla dicho precepto, no excluye de manera absoluta la posibilidad de la prórroga a favor de los jueces federales de primera instancia (causa “Flores”, Fallos: 315:2157), incluso si la pretensión está fundada en leyes nacionales, y tratándose de una causa que versa sobre materia federal, la Corte mantiene las atribuciones para revisar dichas cuestiones por vía de su competencia apelada (art. 14 de la ley 48), sin que se adviertan razones institucionales que hagan impostergable su pronunciamiento y sin que se justifique la interpretación restrictiva del citado precepto constitucional en favor de la competencia originaria del Tribunal (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

–En igual sentido: N.74.XLIV “Neuquén, Provincia del c/ Chevron San Jorge S.R.L. s/ ordinario, 10/08/2010–: p. 1386.

HONORARIOS

Empleados a sueldo de la Nación

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que reconoció al actor el derecho al cobro de los honorarios por los trabajos profesionales realizados como representante del Fisco Nacional ya que ello restringe las atribuciones de este último para disponer de esos

emolumentos, en tanto en aquellos supuestos en que una repartición del Estado Nacional designa a uno de sus agentes para que lo represente en un proceso judicial éste no ejerce su actividad en función de un contrato de derecho privado, como los de mandato o locación de servicios sino en virtud de la relación de empleo público que lo une con el organismo ya que, en principio, el cumplimiento de la función pública es remunerado con un sueldo previsto como erogación en el presupuesto, y máxime cuando la demandada comunicó al tribunal que los honorarios debían ser depositados únicamente en el Banco de la Nación Argentina.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1460.

2. Resultan arbitrarias las sentencias que declararon desiertos los recursos de apelación contra los pronunciamientos que habían dispuesto la inaplicabilidad de la remisión de créditos prevista en la ley 25.637 a la acreencia en concepto de honorarios que mantiene el letrado de la sociedad estatal en liquidación con una municipalidad, pues los escritos respectivos contenían argumentos mínimos sobre el tema que se pretende someter a conocimiento de la alzada y se encontraban contenidas las exigencias legales para sustentar la apelación: p. 1613.

3. La relación que vincula al Estado con los abogados que éste designa para que lo representen en juicio no es equiparable a una locación de servicios o de obra del derecho privado, pues su actuación deber ser compatible con las finalidades públicas para cuya satisfacción se los designa, motivo por el cual les corresponde la remuneración fijada en el presupuesto, sin perjuicio de que adicionalmente se agreguen a ella los honorarios regulados en concepto de costas a cargo de la parte vencida.

–Del precedente S.48.XLI “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires”, 9/12/2009, al que la Corte remite–: p. 1613.

Regulación

4. La remisión de deuda efectuada por el Estado Nacional, que exime a la demandada condenada en costas de satisfacer el pago de los honorarios de los letrados de la actora, no obsta a que éstos sean regulados en el proceso (Disidencia parcial de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

–Del precedente S.48.XLI “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, del 9/12/2009, a cuya disidencia parcial se remite–: p. 1613.

HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

1. Corresponde dejar sin efecto la decisión de declarar mal concedido el recurso de apelación por parte del tribunal *a quo*, ya que importa mantener honorarios regulados sobre la base de una liquidación dejada sin efecto por la Corte en un pronunciamiento anterior, y que, de ese modo, no guardan relación con el monto de condena que en definitiva percibirá el actor, todo ello con desconocimiento de la jurisprudencia según la cual la descalificación de una sentencia implica la de las decisiones accesorias a ella, carácter que asiste a lo atinente en materia de costas y honorarios, las que deben seguir la misma suerte, de manera que, al variar –como consecuencia de un nuevo pronunciamiento– el monto del litigio, los honorarios deben ser adecuados a las nuevas circunstancias: p. 819.

I

IGUALDAD

1. El art. 14, inc. e, de la ley 10.606 (t.o. según ley 11.328) de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto impide a aquellas entidades de bien público que no se encuentren expresamente mencionadas –como es el caso de Cáritas– ser propietarias de establecimientos farmacéuticos, carece de razonabilidad y afecta la garantía de igualdad, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluir a la mencionada de lo que se concede a entidades similares en idénticas condiciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1279.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA

1. El Título V, artículo 6° de la ley 25.063– que instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta –y el art. 13 de dicha norma– al fijar el modo de imposición de dicho tributo, sin tener en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos por la norma y desentendiéndose de la existencia de utilidades efectivas–, resultan inconstitucionales, pues el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley: p. 993.

2. Cabe revocar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del título V (art 6°) de la ley 25.063, por el que se instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta, pues la recurrente no formuló agravios concretos respecto a la decisión de la instancia anterior en cuanto negó que el tributo en cuestión fuese confiscatorio, conclusión que ha quedado firme (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay): p. 993.

3. Un peritaje contable que se limita a acreditar que la empresa ha tenido resultado económicos negativos (pérdidas) en los últimos años –con la excepción de un ejercicio– y que, igualmente la determinación del impuesto a las ganancias arrojó saldos negativos de manera que en los últimos diez ejercicios sólo en uno resultó obligada a abonar ese impuesto, carece de aptitud para demostrar la existencia de un supuesto de confiscatoriedad según las pautas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco): p. 993.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

1. Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda promovida con el objeto de que se declare que las remuneraciones que percibe el actor como Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires se encuentran exentas del impuesto a las ganancias, ya que el *a quo* no pudo válidamente rechazar la pretensión sin dar adecuada respuesta a los principales argumentos desarrollados, en particular la equiparación de sus remuneraciones con las del Procurador General de la Suprema Corte de la Provincia y las garantías de independencia e inamovilidad que le otorgan las normas locales en términos similares a las previstas por los jueces: p. 1841.

IMPUESTOS INTERNOS

1. Corresponde confirmar la sentencia que revocó las resoluciones por las que se intimó a la actora al pago de la actualización e intereses resarcitorios originados en el ingreso extemporáneo del impuesto interno a los cigarrillos si, ante la falta de toda previsión en el ordenamiento tributario acerca del carácter de la mora del deudor, es posible recurrir a la legislación común para llenar ese vacío y se consideró aplicable la última parte del art. 509 del Código Civil, que exime al deudor de las responsabilidades de la mora cuando prueba que no le es imputable, habiendo actuado la situación económica financiera imperante en el país durante ese período como un caso de fuerza mayor, por lo que los recaudos tomados por la actora tendientes a cancelar sus obligaciones tributarias denotan un obrar diligente: p. 1817.

INDEMNIZACION

1. Corresponde confirmar la sentencia que estableció la indemnización por aplicación de la ley 24.043 tomando como base la remuneración de un agente Nivel "A" y no de Nivel "A", grado "8" como reclama el actor, ya que la inteligencia asignada al precepto por la cámara es razonable y encuentra cabida en los métodos de interpretación usualmente aceptados para este tipo de situaciones al entender que el adicional por grado no debe incluirse en el cómputo del beneficio legal, porque su percepción depende de condiciones propias y variables del agente, y sobre la base de los textos normativos que regulan las retribuciones del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1244.

INDULTO

1. Tratándose de la investigación de delitos de lesa humanidad, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes.

–Del precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), al que remitió la Corte Suprema–: p. 1657.

INFRACCIONES LABORALES

1. Cabe revocar la sentencia de Cámara que al hacer lugar a los recursos de apelación y de nulidad interpuestos por la actora declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 18.695 –Procedimiento de Comprobación y Juzgamientos de las Infracciones Laborales– y de la resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación 100/01, en tanto exigían el pago previo de la multa para la procedencia formal del recurso de apelación pertinente, pues no sólo entendió en un recurso que no estaba legalmente previsto, excediendo los límites de su competencia, sino que además revocó la sentencia dictada a favor de la recurrente en la única instancia a la que tenían derecho las partes: p. 1643.

2. Cabe revocar la sentencia de Cámara que al hacer lugar a los recursos de apelación y de nulidad interpuestos por la actora declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 18.695 –Procedimiento de Comprobación y Juzgamientos de las Infracciones Laborales– y de la resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación 100/01, en tanto exigían el pago previo de la multa para la procedencia formal del recurso de apelación pertinente, por cuanto al habilitar su jurisdicción para revisar un pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario, desconoció la regla según la cual la atribución de competencia a los tribunales inferiores de la Nación no es tarea de los jueces, sino que concierne en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación (art. 108 de la Constitución Nacional) con el objeto de asegurar la garantía del juez natural: p. 1643.

INSANIA

1. Si la causante vive alejada casi setecientos kilómetros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dicha notable distancia física constituye una realidad que supera ampliamente al texto del art. 405 del Código Civil ya que se caería en el dispendio de duplicar intervenciones jurisdiccionales y se obstruiría el control directo propio de la función del juez de la insania, por lo que corresponde declarar la competencia de la justicia de Bahía Blanca, así como también –y ante los múltiples y serios defectos en los que se ha incurrido en el curso del expediente y el profundo deterioro que ha sufrido la persona– disponer que el tribunal competente deberá adoptar –con carácter urgente– las medidas que resulten necesarias para salvaguardar la integridad psicofísica y patrimonial de la causante.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1397.

INTRODUCCION DE LA CUESTION FEDERAL

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que dispuso la reducción de la condena en concepto de indemnización por despido, pues la apreciación del *a quo* acerca de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 de la ley de contrato de trabajo formulada por la magistrada de primera instancia tuvo lugar “de oficio” no se ajusta a las constancias de la causa las que dan cuenta de que el punto constitucional ha sido objeto de un oportuno debate entre las partes, emergiendo de la confrontación de los argumentos oportunamente expuestos por los litigantes y, en particular, del razonamiento defensivo esbozado por la demandada, lo que implicó que al momento de sentenciar, la juzgadora se encontrase plenamente habitada para efectuar el examen del precepto legal involucrado a la luz de las pautas constitucionales, sin que quepa atribuir a esa actuación carácter “oficioso”: p. 1723.

J

JUBILACION DE DOCENTES

1. Si la actora obtuvo su jubilación ordinaria según las disposiciones de la ley 18.037 porque aunque reunía los restantes recaudos para solicitar su prestación de acuerdo

con las disposiciones del régimen especial para docentes instituido por la ley 24.016, para esa fecha no tenía los 57 años de edad requeridos por este estatuto, la pretensión de obtener la transformación de su beneficio en los términos de la ley 24.016 resulta improcedente pues, además de que esa posibilidad no está contemplada en dicha ley, el decreto reglamentario 473/92 establece de modo expreso la imposibilidad de transformar o reajustar un beneficio obtenido sobre la base de normas legales derogadas o modificadas por las leyes 23.966 y 24.016, si los requisitos exigidos se cumplieran después del 31 de diciembre de 1991: p. 828.

2. El criterio de ajuste jubilatorio que surge de las causas “Monzo”, “Sánchez” y “Badaro” deberá ser implementado sólo hasta el 30 de abril de 2005, ya que a partir del 1° de mayo de ese año comenzó a regir el decreto 137/2005, que creó el suplemento denominado “Régimen Especial para Docentes”, que junto con la Resolución N° 33/2005 de la Secretaría de Seguridad Social deben ser aplicados sin que obste que la demandante no haya solicitado en forma expresa su aplicación, ya que el principio *iuria novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes: p. 828.

L

LEGITIMACION PROCESAL

1. La legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una causa o controversia, y la existencia de “caso” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso, debiendo aquélla demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia o que los agravios expresados la afecten de forma suficientemente directa o substancial: p. 1212.

2. La reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43 del texto constitucional, es decir, los que “protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general”: p. 1212.

LETRAS HIPOTECARIAS

1. Cabe revocar la sentencia que admitió la demanda deducida por los acreedores hipotecarios y condenó a la demandada a pagar la suma reclamada en dólares o su equivalente en moneda nacional, con más intereses al 4% anual y las costas del proceso, por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa, ya que no corresponde exigir a los títulos presentados –letras hipotecarias cartulares– el cumplimiento de la inscripción en un registro especial que ha sido establecido en los decretos reglamentarios de la ley 24.441, exclusivamente para las letras hipotecarias escriturales: p. 1273.

LEYES IMPOSITIVAS

1. No es objetable que el legislador al establecer un tributo –en el caso, impuesto a la ganancia mínima presunta–, utilice la técnica de las presunciones, aunque su uso debe ser limitado a aquellos casos en que existan circunstancias especialísimas que lo justifiquen, siendo dicha problemática el resultado de la tensión entre el principio de justicia tributaria y el de capacidad contributiva: p. 993.

LIBERTAD DE EXPRESION

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que confirmó la resolución que había condenado a la publicación a abonar una indemnización por daños y perjuicios originados a raíz de la difusión de una información vinculada con un fallecimiento que habría sido producto de un aborto, si la simple reproducción de noticias proporcionadas por las autoridades públicas, aún cuando sean falsas, no excede el ejercicio regular del derecho de crónica, ya que la calidad de la fuente exonera a la prensa de indagar la veracidad de los hechos y no existió un menosprecio por la realidad de los hechos, ni un proceder improcedente respecto de la intimidad y el buen nombre de las personas sino que por el contrario se suministró una información que provino de una comunicación obrante en una actuación policial, que fue proporcionada por fuentes que pueden considerarse confiables, sin que su contenido haya sido distorsionado por la prensa. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 831.

2. Corresponde confirmar la sentencia que confirmó la resolución que había condenado al diario por la divulgación de información inexacta sobre el deceso de la hija de los demandantes causando así mortificación en sus sentimientos, ya que la prensa debe obrar con mayor cautela hacia las personas que menciona en sus publicaciones cuando ellas no son funcionarios ni figuras públicas, pues su vida privada es mucho más vulnerable y difícil de reparar ante la divulgación de falsedades, bastando que la falsa presentación de los hechos haya sido hecha con simple culpa para que el medio deba responder por los daños y perjuicios causados (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay): p. 831.

LIBERTAD DE PRENSA

1. Cabe revocar la decisión que condenó a la empresa editora demandada a resarcir los daños y perjuicios que le habrían provocado al actor –referida a su desempeño como auxiliar de la justicia en su condición de perito en balística– la nota periodística publicada en un diario, pues la misma no es apta para general la responsabilidad de éste y constituye una restricción a la libertad de expresión, en razón de que el actor no aportó elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en la nota o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, sino que, por el contrario, la nota contiene afirmaciones que aparecen atribuidas a diversas fuentes que resultan identificables y cuya veracidad puede comprobarse: p. 1331.

2. Cabe revocar la decisión que condenó a la empresa editora demandada a resarcir los daños y perjuicios que le habrían provocado al actor –referida a su desempeño como auxiliar de la justicia en su condición de perito en balística– la nota periodística publi-

cada en un diario, pues el carácter difamatorio de los términos del artículo impugnado no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de un particular que interviene en una esfera de actuación pública, máxime cuando su labor se lleva a cabo en causas que tuvieron una amplia repercusión periodística (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda): p. 1331.

M

MARINA MERCANTE NACIONAL

1. Cabe confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del decreto 2733 –que dispuso la prórroga del decreto 1772/91, por el cual fue modificado sustancialmente el régimen legal de la marina mercante– e hizo lugar a la demanda por diferencias en el cálculo de la indemnización por despido, pues la situación de crisis oportunamente invocada en el año 1991 para justificar el dictado del decreto 1772 –sobre cuya validez constitucional no resulta necesario pronunciarse– fue superada en 1993, año en el que se emitió la norma cuestionada: p. 1828.

2. Si desde una posición amplia se entendiera que los reglamentos de necesidad y urgencia no requerían para su validez –antes de la reforma constitucional de 1994– de la aprobación expresa del Congreso, no podría sostenerse la validez del decreto 1772/91, por cuanto no ha existido pasividad alguna sino, por el contrario, un específico rechazo del mencionado decreto por parte de la Cámara de Diputados que, el 27 de noviembre de 1991, resolvió pedir al Poder Ejecutivo su derogación, sobre la base del informe de sus comisiones de Transporte y de Industria (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi). –Del su disidencia en el precedente “Sallago” (Fallos: 319:2267), al que remitió–: p. 1828.

3. Dado que la falta de ratificación legislativa del decreto 1772/91 –por el cual fue modificado sustancialmente el régimen legal de la marina mercante– lo privó de eficacia, presentó en su génesis una anomalía que lo descalificó en los términos que la Ley Suprema que regía al tiempo de su entrada en vigencia, por lo que corresponde declarar carentes de validez sus disposiciones en la medida en que han provocado un menoscabo a los derechos laborales del actor, por obra de las disposiciones ulteriores que, al mantener incólume ese régimen viciado disponiendo sucesivas prórrogas (decretos 2094/93 y 2733/93), han devenido igualmente inválidas (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda): p. 1828.

MATRIMONIO

1. Teniendo en cuenta que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión –aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal– resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada a partir de la decisión del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con fundamento en la coincidencia del sexo de ambas peticionarias, de rehusarse a fijar fecha para la celebración de matrimonio, ante el dictado de la ley 26.618: p. 1474.

2. El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 no impone la obligación internacional de desconocer validez al matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen, sino que deja librado al orden público internacional del estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación.

–Del precedente “Solá” (Fallos: 319:2779), al que remitió la Corte Suprema–: p. 1759.

3. En virtud de la modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina por la ley 23.515 y del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen y que es invocado en virtud de los derechos sucesorios de la cónyuge superviviente.

–Del precedente “Solá” (Fallos: 319:2779), al que remitió la Corte Suprema–: p. 1759.

MEDIO AMBIENTE

1. El planteo referido a desmontes que habrían continuado pese al anterior pronunciamiento de la Corte y a la supuesta violación del decreto 2789/2009 de la Provincia de Salta deberá realizarse ante las autoridades locales pues se vincula directamente con las facultades inherentes al poder de policía asignado expresamente en el art. 3º del decreto mencionado al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable local, en su condición de autoridad de aplicación de la ley 7543 (art. 36), al que le compete asegurar el efectivo cumplimiento de la prohibición que se denuncia violada, y teniendo en cuenta que no se advierte que el art. 15 de la constitución provincial contradiga o altere la finalidad, sentido o espíritu del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, de manera tal que se justifique la competencia originaria de la Corte Suprema: p. 1784.

2. Si la degradación de recursos ambientales, cuya recomposición se pretende, están ubicados en provincia, y la contaminación denunciada, atribuida al derrame de los desechos derivados de las actividades que realiza la empresa demandada, también tiene su origen en territorio local, es competente la justicia provincial, pues el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime cuando no se advierte un supuesto en problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción, ni se ha acreditado que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, de modo de surtir la competencia federal.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1808.

3. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, con sustento en lo dispuesto en el art. 32 de la ley 25.675 y en el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispuso una medida precautoria distinta a la solicitada por los actores y dispuso que se realizaran gestiones con ellos tendientes a prevenir los posibles daños que la electropolución provoca en el ambiente y estableció que ambas partes debían concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de aquéllos, ya que ha excedido el marco de las facultades previstas en el art. 4º de la ley 25.675, con afectación de los principios del debido proceso y de la defensa en juicio (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carlos S. Fayt).

–La mayoría desestimó la queja, por considerar que el recurso extraordinario cuya denegación la originó no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal–: p. 1849.

MEDIOS DE COMUNICACION

1. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual– mientras se sustancia la causa, con caución juratoria, al mismo tiempo que tuvo por entablada la acción contra el Estado Nacional, pues el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la norma con efecto *erga omnes*, tienen una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos que la cámara no aplicó: p. 1023.

2. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual–, pues un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas, y, por el contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto: p. 1023.

3. Si bien los pronunciamientos atinentes a medidas cautelares son regularmente extraños a la instancia revisora de la Corte, por no tratarse de sentencias definitivas, cabe hacer excepción cuando tales medidas puedan enervar el poder de policía del Estado o excedan el mero interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad, situación que se configura en el caso, pues la decisión recurrida –suspensión de la aplicación de la ley 26.522 que reglamenta los Servicios de Comunicación Audiovisual– neutraliza por completo la aplicación por las autoridades competentes de una ley formal del Poder Legislativo, de modo que la decisión en recurso presenta gravedad institucional en la medida que trasciende aquél mero interés particular para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional: p. 1023.

4. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual– mientras se sustancia la causa, con caución juratoria, pues no aparece como un remedio proporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia, no sólo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y la amplitud de la medida dispuesta, sino también porque, en la tarea de ponderación, el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la ley con efecto *erga omnes*, tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi): p. 1023.

5. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor –diputado nacional–, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522 –regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual– mientras se sustancia la causa, pues aquél carece de legitimación activa, ya que si bien al promover el amparo alegó un perjuicio personal y particularizado, el remedio solicitado no

guarda proporción con el daño invocado sino que tendría incidencia sobre los derechos de toda una categoría de sujetos que no se encuentran representados en la causa, particularmente la mayoría de legisladores que no han participado del proceso y que, muy plausiblemente, tengan un interés personal simétrico al del actor, pero contrario a la anulación de la ley (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay): p. 1023.

MENORES

1. La interpretación literal de la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 40.2– y la correlativa disposición interna (ley 26.061) –que establece entre las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos, el derecho de todo niño a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte–, exigen la posibilidad de control de la sentencia que declara la responsabilidad del menor en un delito, y la interpretación de las reglas que gobiernan el recurso de casación penal no puede erigirse en impedimento para dar eficacia a dichas cláusulas, procurando conciliar dichas disposiciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1053.

2. Cabe dejar sin efecto la decisión de Casación que declaró mal concedido el recurso interpuesto por la defensa del menor imputado contra la sentencia que lo declaró coautor penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo agravado, por la inequidad que se advierte dado que a su hermano mayor –coimputado– le fue admitida la revisión de su situación frente a la ley y los hechos, mientras que al menor, por esa especial condición, se lo obligó a continuar sometido a las restricciones del proceso penal hasta que el juez de menores defina su situación frente a la pena, decisión, que, aunque adversa, para el adulto fue inmediata, de modo que la dilación sin fundamento de la definición del pleito, más allá de que sea un mandato legal, y cualquiera sea su resultado, inflige un agravio al imputado, siendo la revisión amplia de una sentencia de responsabilidad penal más eficaz cuanto mejor asegure la inmediatez del juicio casatorio.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1053.

3. Corresponde dejar sin efecto la resolución que rechazó el recurso de revisión deducido contra la sentencia de condena si restringió inadecuadamente el instituto procesal, al sustentarse en el carácter taxativo de los supuestos previstos en el inc. 4º del art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación, pues con ello soslayó que se trataría de una circunstancia de hecho (inc. 4º) que requiere de una mínima prueba como es la determinación de la posible minoridad, pero que es primordial objeto del proceso (art. 193, inc. 4º del Código nombrado) y que puede traer aparejadas serias consecuencias sobre la pena (ley 22.278, art. 4º).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–: p. 1143.

4. Corresponde revocar la sentencia apelada y, en uso de las facultades del art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, autorizar la salida del país y radicación en territorio español del menor si, más allá del buen desempeño paterno y sus claros esfuerzos realizados en su cuidado, se trata de un preadolescente que últimamente vivió con su madre durante períodos relativamente extensos, experiencia de la que no hay noticias negativas

y que desea profundizar, y esa intención coincide con el nutrido consejo profesional allegado a la causa, sin perjuicio ello de que se busquen mecanismos para asegurar la regularidad del contacto con el padre y de la escolaridad.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1776.

MESA DE DINERO

1. Lo reclamado no parece ser un daño jurídicamente resarcible si fueron los propios actores civiles quienes de manera voluntaria actuaron al margen de la normativa legal propia de estas operaciones, en el caso de una “mesa de dinero” no autorizada por el Banco Central de la República Argentina, y evadiendo todo tipo de obligaciones fiscales, exponiéndose –al pretender mayores ganancias que las que ofrecía el sistema financiero formal– a la posibilidad de sufrir un detrimento patrimonial, ya que mal podían pretender gozar de las garantías de las operaciones legales, cuando ellos mismos las habían soslayado.

–El juez Lorenzetti, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja, era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–: p. 1869.

MINISTERIO PUPILAR

1. Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio y al advertirse que no se dispuso la participación del Ministerio de Menores pese a que obraba un pedido expreso en tal sentido de la actora al entablar la demanda, como que tampoco se le confirió intervención alguna previo a la adopción de decisiones posibles de causar a dicha representación promiscua un gravamen de insusceptible reparación ulterior, corresponde declarar la nulidad de las resoluciones dictadas sin esta participación previa y devolver los actuados al tribunal de origen.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1152.

MOVILIDAD

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que desestimó el planteo atinente a que se reconozca la movilidad de los haberes de los actores –determinados al otorgarse el retiro voluntario– mediante el cómputo de los incrementos producidos y, especialmente, del adicional por antigüedad, de acuerdo a lo previsto en el art. 5° de la ley 4923 de la Provincia del Chaco, si prescindió de aplicar la solución normativa prevista para el caso en tanto no interpretó que la antigüedad a computarse debía circunscribirse a la considerada al momento de la solicitud del retiro voluntario no obstante que, durante el período inmediato anterior, dicho rubro había estado suspendido por una ley que

más tarde fue derogada, lo cual aparejó el apartamiento de la directiva de movilidad establecida en la norma mencionada.

–Los Dres. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)–: p. 1325.

N

NON BIS IN IDEM

1. La sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria; el juicio de reenvío para el imputado absuelto constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo y ello es suficiente para que la garantía del *non bis in idem* impida al Estado provocarlo.

–Del precedente Alvarado (Fallos: 321:1173) al que remitió la Corte Suprema–.

–El Dr. Maqueda, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja es inadmisibile (art. 280 CPCCN)–: p. 1687.

2. Si la anulación del fallo absolutorio a raíz del recurso de casación de la querella obedeció fundamentalmente a una actividad jurisdiccional que, distanciándose de los postulados propios de un modelo acusatorio como el regido por la Constitución Nacional obligó a un tribunal a disponer prueba de oficio que asumió una tendencia incriminante –al punto que modificó sustancialmente el resultado del proceso, trocando absolución por condena–, con la necesaria confusión de roles entre acusador y juez, ello afectó la garantía de defensa en juicio del imputado al someterlo a un segundo riesgo de condena por los mismos hechos, en la medida en que el nuevo proceso resultó de la vulneración de los principios de igualdad y de división de los poderes que caracterizan a la etapa acusatoria del sistema mixto de enjuiciamiento criminal adoptado por la legislación provincial, con mengua del estado de inocencia (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 1687.

3. La condena luego de la anulación de una sentencia absolutoria anterior no viola la garantía que impide el *non bis in idem* cuando esa nulidad fue declarada por la existencia de vicios esenciales de procedimiento (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

–Del precedente “Olmos” (Fallos: 329:1447) al que remitió la disidencia–: p. 1687.

4. Si en su oportunidad la defensa no interpuso recurso de queja ante la Corte contra la resolución del superior tribunal provincial que no había hecho lugar al recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia mediante la cual aquel tribunal resolviera anular parcialmente la sentencia y reenviar la causa para que con distinta integración se dictase un nuevo pronunciamiento, dicha omisión torna extemporánea la introducción del agravio atinente a la garantía que prohíbe el doble juzgamiento ahora por la defensa (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay): p. 1687.

P**PENA**

1. Cabe desestimar el recurso de queja deducido tras ser rechazado el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de Casación que no hizo lugar al planteo de la defensa contra la decisión que lo condenó a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, pues la decisión del *a quo* a favor de una de las alternativas interpretativas posibles respecto del máximo legal previsto para el artículo 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido: p. 866.

2. La cuestión del máximo de la pena temporal privativa de la libertad en nuestra ley penal vigente no es una cuestión de mera interpretación del derecho común, si se la analiza desde la perspectiva en que siempre que se quiere alcanzar el fondo debe analizarse toda cuestión que hace a la seguridad jurídica y a la certeza del derecho, como es ubicarla en su adecuada dimensión temporal para poder explicar lo que se observa en los cortes transversales aislados de los diferentes momentos legislativos (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 866.

3. Configura una situación de gravedad institucional una legislación penal que no permita establecer unívocamente, esto es, sin lugar a dudas o incertidumbre, el máximo de la pena más grave, especialmente cuando las dudas abarcan un arco de veinticinco años de diferencia, siendo palmaria tal gravedad dado que semejante diferencia desmorona uno de los pilares básicos de cualquier estado constitucional de derecho y en especial de las normas positivas que lo configuran en nuestra Constitución Nacional (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 866.

4. La ley 23.077 tuvo por objeto restablecer normas penales más benignas derogadas, derogar disposiciones represivas introducidas por las llamadas leyes de facto y tratar de devolver armonía al código penal, por lo que resulta razonable entender que la misma ley haya desquiciado al código penal en contra del orden de valores que impone una Constitución claramente personalista, elevando el valor de los poderes públicos por sobre el de las personas, introduciendo una pena máxima superior a la perpetua y desbaratando todo el sistema de escalas para la libertad condicional, la tentativa, la participación y la prescripción (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 866.

5. Cualquiera haya sido la interpretación y discusión en torno del art. 55 del Código Penal en la versión de la ley 25.928, o las contradicciones generadas por la prolongación del plazo para el pedido de libertad condicional de la ley 25.892, después de la ley 26.200 cabe entender que el límite de esas disposiciones ha vuelto a ser el de veinticinco años y de veinte años respectivamente, pues lo contrario importaría admitir que la pluralidad de cualquier delito es más grave o tan grave para la ley argentina que la destrucción de millones de vidas humanas (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 866.

6. Cabe dejar sin efecto la sentencia que no hizo lugar al planteo de la defensa contra la decisión que condenó al imputado a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, pues la pena única impuesta, incluso con criterio de aritmética, no sería aquélla, pues llevándose a cabo la unificación de lo que le restaba cumplir de su

primer pena con la segunda que le impuso el tribunal, resultará en verdad una pena única sensiblemente menor dicha cantidad de años, y corresponderá verificar que no exceda de los veinticinco años restablecidos por la ley 26.200 (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 866.

PERSONERIA GREMIAL

1. Si no se trata de una contienda de encuadramiento sindical, entendida como un conflicto de representación entre dos entes con personería gremial, sino de una controversia de “encuadramiento convencional”, no se recurre un acto administrativo definitivo referido a una contienda intersindical de representación que habilite la competencia originaria de la Cámara de Apelaciones del Trabajo –que debe ser interpretada restrictivamente– sino que se trata de un conflicto colectivo de trabajo cuya demanda debe tramitar ante la jurisdicción laboral ordinaria en los términos de lo normado por la ley 25.877 –art. 20, inc. e)– en que se fundó el reclamo.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1401.

PODER JUDICIAL

1. Si bien el decreto 1770/91 delimitaba el lapso en el que había tenido lugar el desfase salarial que se pretendía reparar con el pago, lo evidente es que la suma mensual allí reconocida se expresó en valores actualizados a la fecha de su entrada en vigencia, por lo que al conceder el reajuste de la deuda desde cada período mensual en el lapso de prestación de servicios tenido en cuenta para el pago, la alzada repotenció un crédito ya actualizado a la fecha de su reconocimiento, incrementando de ese modo su real significado económico en detrimento del deudor.

–Del precedente “González Díaz, Rafael Angel” (Fallos: 331:2573)–: p. 1309.

2. Los beneficiarios de los pagos instrumentados por el decreto 1770/91 –remuneraciones judiciales– por un título derivado no pueden obtener por esa vía una compensación superior –en términos nominales– a la percibida oportunamente por los destinatarios directos del sistema –que no cobraron actualización ni intereses por el período en cuestión–, limitándose su derecho al porcentual correspondiente a su cargo según el régimen salarial por entonces vigente y a los intereses derivados del incumplimiento de la demandada.

–Del precedente “González Díaz, Rafael Angel” (Fallos: 331:2573), al que la Corte remite–: p. 1301.

3. Los créditos originados en el decreto 1770/91 se encuentran sometidos a la ley 25.344 –régimen de consolidación–, criterio que no se ve alterado por el largo tiempo transcurrido desde que se han originado las obligaciones ni por su pretendido carácter alimentario, toda vez que, contrariamente a lo afirmado por la cámara, tales circunstancias no se encuentran previstas entre los supuestos de excepción que contiene el régimen de consolidación de deudas, careciendo de fundamento normativo la pretensión, toda vez que el art. 18 de la ley citada no sólo requiere que se trate de obligaciones de carácter alimentario sino que, además, exige la demostración de “circunstancias excepcionales” vinculadas con “situaciones de desamparo e indigencia”: p. 1301.

PRESCRIPCION

Comienzo

1. Corresponde hacer lugar a las excepciones de prescripción opuestas por la provincia demandada por la supuesta ilicitud de la actividad de los miembros de la policía provincial desplegada al inicio de las actuaciones penales y las irregularidades cometidas por los funcionarios judiciales durante el trámite de la causa penal ya que el punto de arranque del curso de aquélla debe ubicarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer (art. 3958 del Código Civil) lo que acontece como regla general, cuando sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad, y, en atención a que los hechos reputados ilícitos por los que reclaman presentan la característica de continuarse en el tiempo, el comienzo del curso de la prescripción bial será dado por el cese de los referidos hechos, momento en que se los tendrá por acaecidos: p. 802.

2. En los casos de ejercicio irregular de la función jurisdiccional se requiere además –a los fines del punto de arranque del curso de la prescripción–, remover la apariencia de licitud del hecho, por lo cual la ilegitimidad de la conducta dañosa surge en un tercer momento, que es el dictado de la sentencia definitiva, ya que recién en el momento de ser sobreseídos, la situación jurídica de los procesados ya no puede revertirse ni volver a responsabilizarlos del delito que les fuera endilgado, por lo que a partir de que cobra firmeza el sobreseimiento es que debe computarse el inicio del plazo de prescripción, puesto que recién en esa instancia queda descartada la posibilidad de la compensación (Disidencia parcial de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni): p. 802.

PRESUPUESTO

1. Cabe confirmar la sentencia que rechazó el amparo interpuesto por la Asociación por los Derechos Civiles a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 26.124 y la Decisión Administrativa 495/2006 –modificación al Presupuesto de Administración Nacional–, pues la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que éstos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, no llegándose a desvirtuar la conclusión de la cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial: p. 1212.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1. Resulta arbitraria la sentencia que desestimó la demanda tendiente a obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del fallecimiento por suicidio, señalando que no se había alegado ni menos demostrado la pretendida ilicitud del acto de destitución, ya que la cámara había entendido que el cese del magistrado en el cargo era ilegítimo y que ello no había merecido objeción alguna por parte del demandado, cuestión que tampoco fue impugnada por el estado provincial –que limitó sus planteos a la falta de causalidad– por lo que el tribunal superior no pudo volver

sobre tal aspecto por haber devenido firme y consentido (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–La mayoría desestimó la queja por considerar inadmisibile el recurso extraordinario cuya denegación la motivó (art. 280, CPCCN)–: p. 859.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Las facultades del Congreso para crear impuestos o contribuciones son amplias y discrecionales, de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerza es irrevisable por cualquier otro poder, en tanto constituyen, por aplicación del principio de separación de poderes y de legalidad, un ámbito reservado al único departamento que, de conformidad con la Constitución, se halla habilitado para ejercer tales facultades (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay): p. 993.

PRINCIPIO PRO HOMINE

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió examinar –al amparo de un excesivo rigor formal– las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria, a los efectos de considerar si –en esas condiciones– la declaración de deserción del recurso era la opción más respetuosa del principio *pro homine*, en el marco del “deber de garantizar” el derecho al recurso que le asiste a toda persona condenada por un delito (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–Los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)–: p. 796.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO

1. A fin de evitar la eventual afectación de la percepción de la renta pública, resulta necesario admitir la validez de las medidas cautelares que, al amparo de las disposiciones del art. 92 de la ley 11.683, los funcionarios del Fisco Nacional hayan dispuesto y trabado hasta el presente, sin perjuicio de que los jueces de la causa revisen en cada caso su regularidad y procedencia en orden a los demás recaudos exigibles, pero no habría justificación alguna para dejar subsistentes medidas precautorias dispuestas por aquéllos con posterioridad a la sentencia en que la Corte se pronuncia declarando el vicio constitucional que afecta el procedimiento citado en aquélla norma, dado que a partir de ella nada obsta a que las medidas cautelares que el organismo recaudador considere necesario adoptar en lo sucesivo, sean requeridas al juez competente para entender en el proceso ejecutivo, y que sea tal magistrado quien adopte la decisión que corresponda: p. 935.

2. El régimen establecido en el artículo 92 de la ley 11.683 –en cuanto otorga a los funcionarios del organismo recaudador la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares–, en la medida en que no se adecua a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad, es inconstitucional: p. 935.

3. El art. 92 de la ley 11.683 es inconstitucional pues contiene una inadmisble delegación en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial, dado que el esquema diseñado en el precepto, al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medidas sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es “informado” de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de la contraria: p. 935.

4. Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues no se trata de un supuesto de privación de la propiedad, sino de una afectación meramente provisional del derecho a disponer de los bienes objeto de cautela, con el propósito de asegurar el cobro de un crédito expresado en un instrumento al cual la ley confiere el carácter de ejecutivo, y la circunstancia de que se trate de una afectación meramente provisional explica que los ordenamientos procesales establezcan, de ordinario, que tal clase de medidas puedan adoptarse sin necesidad de oír previamente al afectado (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay): p. 935.

5. Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues si bien la ley faculta al organismo recaudador a disponer por tales medidas, se advierte una clara preocupación del legislador para que el juez esté en conocimiento de ellas, de modo que el sentido de la norma es someter la conducta de la Administración a un inmediato control judicial, que podrá ser ejercido de oficio o a pedido del afectado, con anterioridad a su concreción o con posterioridad a ella, no existiendo disposición alguna en el extenso art. 92 que limite la competencia de los jueces para impedir su traba o para dejarlas sin efecto, sustituirlas por otras o limitarlas, cuando ello sea necesario a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes (arts. 203 a 205 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay): p. 935.

6. Cabe desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues las modificaciones introducidas por la ley 25.239, obedecieron al propósito de superar, o al menos atenuar, las demoras en los procesos de ejecución fiscal– y de la consiguiente percepción de las rentas públicas– derivadas de la extraordinaria cantidad de juicios de esa clase radicados en los juzgados federales, que impedían que su trámite fuese llevado adelante en plazos adecuados (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay y de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco): p. 935.

7. Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues la circunstancia de que la ley otorgue atribuciones a tales funcionarios administrativos –para suscribir y librar el mandamiento de intimación de pago y embargo, con la citación a oponer excepciones–, es indudable que no afecta la sustancia del proceso ni el derecho de defensa del contribuyente, quien podrá ocurrir ante el juez competente oponiendo las excepciones que estime pertinentes o, en su caso, impugnando la validez del acto o diligencia si éstos hubiesen sido cumplidos irregularmente (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco): p. 935.

8. Cabe confirmar la sentencia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, pues no se advierte lesión al derecho de propiedad, ya que el artículo 17 de la Constitución Nacional no veda en forma absoluta toda interferencia en los derechos patrimoniales de los particulares, y cuando está comprometido el interés público –en el caso, por el vínculo entre la ejecución fiscal y la recaudación tributaria–, el legislador puede adoptar soluciones razonables que tutelen la acción de los organismos administrativos y, por ende, el interés de la comunidad, siempre que se preserve el derecho de los particulares y se les de la oportunidad de obtener una revisión mediante el control judicial suficiente de lo actuado por la administración (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco): p. 935.

9. El examen de proporcionalidad de la medida dispuesta por el art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, requiere valorar la entidad de la restricción que genera en función de la importancia del fin legislativo, y tal como surge de los propios considerandos de la ley 25.239, que introdujo modificaciones a tal artículo y estableció el procedimiento impugnado, el legislador tuvo como esencial propósito agilizar y dotar de mayor eficacia a la función de recaudación de la AFIP, de modo que una eventual decisión contraria a su validez podría incidir en la oportuna percepción de la renta pública, circunstancia que revela *prima facie* un factor de retardo y perturbación en el desarrollo de la política económica del Estado, con menoscabo de los intereses de la comunidad (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco): p. 935.

10. Cabe desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 92 de la ley 11.683 –que otorga facultades a la AFIP para decretar y trabar medidas precautorias–, que los medios arbitrados no aparecen como desproporcionados con relación al fin que persiguen, pues, a través de un procedimiento que en definitiva cuenta con pleno control judicial, se obtienen beneficios en un ámbito en el que están en juego intereses generales, como lo son la mayor eficacia y celeridad en la percepción de la renta pública (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco): p. 935.

PUBLICIDAD OFICIAL

1. Cabe aprobar el esquema de distribución de publicidad oficial que le fuera requerido a la provincia demandada, mediante sentencia definitiva dictada en el proceso de amparo, el que será de aplicación a las autoridades provinciales de todos los poderes, de organismos descentralizados y de entes autárquicos, debiendo aquélla dictar en un plazo que no exceda de noventa días, el instrumento normativo que las normas constitucionales e infraconstitucionales locales contemplan para dotar de aquella condición a un estatuto de esa naturaleza (ley, decreto o resolución), procediendo ulteriormente a la publicación correspondiente: p. 1130.

R

RECURSO DE CASACION

1. Si bien en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399) se afirmó que, para garantizar una revisión del fallo acorde con la Constitución Nacional, el tribunal de alzada debía dar

tratamiento a todas las cuestiones planteadas por la defensa, aclarándose que ello no tenía una extensión tal que obligue al tribunal de segunda instancia a tratar asuntos no planteados, no integró la deliberación lo inherente a la constitucionalidad de otras normas procesales además del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, relativas a los plazos y oportunidad en que deben interponerse los agravios, por lo que la Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada al tratamiento de los agravios introducidos tardíamente por las partes (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

–La mayoría desestimó la queja por considerar inadmisibile el recurso extraordinario cuya denegación la originó (art. 280 CPCCN)–: p. 1619.

2. La interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodia de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución y es la que impone la jurisprudencia internacional (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–Del precedente “Casal”, al que remitió la disidencia–.

–La mayoría desestimó la queja por considerar inadmisibile el recurso extraordinario cuya denegación la originó (art. 280 CPCCN)–: p. 1619.

RECURSO DE QUEJA

Depósito previo

1. Cabe rechazar el pedido de exención del depósito a fin de tramitar la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que desestimó la acción de amparo iniciada a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.124 y la Decisión Administrativa 495/06 –modificaciones al Presupuesto Nacional–, pues el hecho de que se trate de un recurso interpuesto por una entidad sin fines de lucro en el marco de una causa cuyo objeto carece de contenido patrimonial resulta irrelevante en la medida que la ley de tasas no prevé ese supuesto como una de las causales de exención del pago del depósito que taxativamente enumera, ni exime al amparista de la obligación de integrar aquél, sino que sólo difiere su pago para el supuesto en que el amparo sea rechazado.

–En igual sentido: A.1368.XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.122”, del 3/08/2010–: p. 1251.

2. Es improcedente el pedido de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 si no se ha ponderado adecuadamente la circunstancia de que el art. 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa amplia delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

–En igual sentido: A.1368.XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.122”, del 3/08/2010–: p. 1251.

3. Cabe rechazar el pedido de exención del depósito a fin de tramitar la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que desestimó la acción de amparo iniciada a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 22 y 24 de la ley 26.122 –Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia– pues el hecho de que se trate de un recurso interpuesto por una entidad sin fines de lucro en el marco de una causa cuyo objeto carece de contenido patrimonial resulta irrelevante en la medida que la ley de tasas no prevé ese supuesto como una de las causales de exención del pago del depósito que taxativamente enumera, ni exime al amparista de la obligación de integrar aquél, sino que sólo difiere su pago para el supuesto en que el amparo sea rechazado.

–En igual sentido: A.1282.XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.124”, del 3/08/2010–: p. 1254.

4. Es improcedente el pedido de inconstitucionalidad de la acordada 2/2007 si no se ha ponderado adecuadamente la circunstancia de que el art. 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa amplia delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

–En igual sentido: A.1368.XLIII, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional – ley 26.122”, del 3/08/2010–: p. 1251.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Principios generales

1. El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial, en cuanto incluyó el crédito en el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344, resulta inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia parcial de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay): p. 1404.

Requisitos formales

Interposición del recurso

Forma

2. Los defectos acerca del incumplimiento de determinados recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/07 como así también en torno a la oportunidad del planteo federal carecen de entidad a los fines de obstar a la procedencia formal del recurso intentado contra el rechazo de la impugnación contra la resolución que –luego de un nuevo juicio– condenó con prisión perpetua a quien había sido absuelto anteriormente, ya que cabe apartarse de dichas exigencias formales cuando se adviertan vio-

laciones a las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal (art. 11 del citado reglamento).

–El Dr. Maqueda, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja es inadmisibile (art. 280 CPCCN)–: p. 1687.

RECURSO IN FORMA PAUPERIS

1. Si el defensor oficial, en lugar de dar sustento jurídico al recurso *in forma pauperis* se limitó a transcribir los agravios que se habían alegado en dicha presentación, pero no desarrolló una crítica concreta y razonada de los argumentos en los que se apoyó la declaración de culpabilidad y la cuantificación de la pena, dicha circunstancia importa un inadmisibile menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad de todo lo actuado a partir de dicho recurso por carecer de una asistencia efectiva de la defensa, máxime si se trataba de una defensa técnica provista por el Estado y la debida fundamentación de esa impugnación resultaba fundamental para que se cumpliera eficazmente con la revisión integral de la sentencia condenatoria en los términos expuestos en el caso “Casal”.

–Las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación motivaba la queja era inadmisibile (art. 280 CPCCN)–: p. 1671.

RECUSACION

1. Corresponde revocar la sentencia que resolvió la separación del juez recusado si éste no se habría expedido sobre la posible participación de los imputados ahora llamados a comparecer a juicio –lo que constituía el principal argumento utilizado para invalidar su intervención en el juicio oral previsto– y los que sí habían intervenido eran los integrantes de otra sala de la cámara.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

–Los jueces Petracchi y Argibay, en disidencia, consideraron que los recursos extraordinarios eran inadmisibles (art. 280 CPCCN): p. 1650.

REGLA DE EXCLUSION

1. Si el juez no expresó las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, y tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial ya que lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento, en tanto no hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso.

–La Dra. Carmen M. Argibay, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibile (art. 280 CPCCN)–:p. 1674.

REINCIDENCIA

1. Corresponde revocar la sentencia que condenó y declaró reincidente al recurrente si su interpretación no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva.

–La Dra. Carmen M. Argibay consideró inadmisibles (art. 280 CPCCN) el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja–: p. 1075.

2. Corresponde revocar la sentencia que condenó y declaró reincidente al recurrente si su interpretación no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva, en la medida en que ella es también soportada por quienes aún se presumen inocentes (procesados), los cuales, precisamente por tal razón, no son sometidos al régimen penitenciario (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 1075.

3. Cumple pena quien la sufre después de la sentencia condenatoria, por lo que nadie puede nunca cumplir una pena que no le haya sido impuesta, sin perjuicio de que por elementales razones de equidad la ley prescriba que se “la tenga” por cumplida (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 1075.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Cabe confirmar la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, frente a los damnificados indirectos por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial –cónyuge y padre de los reclamantes–, pues se encuentra probado que el cruce del animal no fue la causa de los daños reclamados, sino la excesiva velocidad con que el funcionario conducía y que tales condiciones eran inadecuadas para llevar a destino a los pasajeros del vehículo, por lo que prestó servicio en forma irregular: p. 1404.

2. Cabe declarar desierto el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial, en relación a los montos indemnizatorios y la imposición de costas, pues el recurrente se limita a efectuar apreciaciones genéricas pero no controvierte las motivaciones principales tenidas en cuenta por la cámara –referente a los males padecidos y al duro impacto económico que habría sufrido la familia al prescindir de la fuente de ingresos que representaba el padre de familia– para fijar las indemnizaciones en concepto de daño patrimonial y daño moral: p. 1404.

3. Cabe revocar la sentencia que condenó al Estado Nacional en su carácter de comitente por el hecho dañoso de quien fue su dependiente –art. 1112 del Código Civil–, por los daños derivados de la trágica muerte de quien formaba parte de la comitiva oficial, en cuanto incluyó el crédito en el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344, pues

en el caso de la privación del derecho a la vida, la restitución al statu quo ante resulta imposible y, por ello, la reparación a que alude el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo puede asumir la forma de una indemnización sustitutiva, debiendo el Estado Argentino abonar el resarcimiento en efectivo, en dólares o su equivalente en pesos al tipo de cambio correspondiente.

–Del precedente “Mesquida” (Fallos: 329:5382), disidencia parcial del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, y del precedente “Petryszyn” (Fallos: 331:2745), voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, a los que la Corte que remite–: p. 1404.

4. Resulta inaceptable la intención del Estado que, mediante la invocación de prerrogativas fundadas en la emergencia, pretende reparar la privación de una vida mediante una indemnización pagadera en bonos de deuda pública, por cuanto la dilación en su cancelación que ello supone implica, en la práctica, dejar sin remedio legal efectivo a los derecho habientes de la persona cuya existencia se ha extinguido por responsabilidad de aquél, razón por la cual corresponde declarar la inconstitucionalidad del régimen de consolidación previsto en la ley 25.344 en su aplicación al caso (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni): p. 1404.

5. Al examinarse si el texto de la ley 25.344 revela la voluntad del legislador de incluir en el régimen de consolidación las deudas que se originan en la obligación del Estado de resarcir daños como la pérdida de una vida, cabe interpretar, en consonancia con el mandato constitucional de protección de tal derecho y el consiguiente deber de reparar su pérdida (art. 75, inc. 22 y concordantes de la Constitución Nacional), que el Estado ha contemplado un remedio legal efectivo en el art. 18, 2º párrafo, de la ley 25.344, lo que autoriza a excluir esta hipótesis del régimen de consolidación de la deuda pública (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

–De su disidencia parcial en el precedente “Mesquida” (Fallos: 329:5382), al que remite–: p. 1404.

6. Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda contra el Estado Nacional con el objeto de que se indemnizaran los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del hijo de los actores, quien fue hallado sin vida en un lago artificial en ocasión de realizar un viaje de fin de curso escolar, si la explotación del lago es realizada por el Estado Nacional y se encuentra acreditado que éste no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar, omisión que adquiere particular importancia teniendo en cuenta que la zona del lago era de muy fácil acceso desde el hotel donde se hallaban alojados los menores y que no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia: p. 1623.

RESPONSABILIDAD PENAL

1. Si bien la sentencia que declara penalmente responsable al menor –como coautor del delito de secuestro extorsivo agravado–, no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, dicha resolución merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues, en tanto impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y hasta la libertad, el pronunciamiento ocasiona un perjuicio insusceptible de reparación ulterior.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1053.

RETIRO POLICIAL

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó que el suplemento prescripto por el decreto 2744/93 fuera incorporado al rubro “sueldo” ya que si bien el Tribunal sostuvo la generalidad que asume dicho pago al personal en actividad, que se percibe con independencia de si el interesado se ve sometido a una exigencia o situación especial, lo que denota el carácter salarial de tales asignaciones y por ende el derecho del personal retirado a percibirlo en su haber de retiro, no se precisó que tales supuestos debían incluirse en el concepto “sueldo”, lo que implicaría el tener que tomarlos en cuenta para el cómputo de otros adicionales, como en la etapa de ejecución.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1156.

RETIRO VOLUNTARIO

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de diferencias en la liquidación por cese promovida por ex agentes de la Administración Federal de Ingresos Públicos con fundamento en las disposiciones que reglamentaron el “sistema de retiro voluntario” ya que se apartó palmariamente de las constancias de la causa en cuanto al régimen bajo el cual habían egresado y porque el rechazo tampoco pudo sostenerse válidamente en la manifestación de conformidad de los demandantes con el importe total, ya que los arts. 12 y 260 de la Ley de Contrato de Trabajo claramente establecen que es nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos legales del trabajador, aun cuando se trate del ejercicio de los provenientes de la extinción del contrato, y que el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuado por el empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, quedando expedita la acción para reclamar la diferencia que correspondiere.

–Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay consideraron que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja era inadmisibles (art. 280 CPCCN)–: p. 1863.

RETIROS Y PENSIONES DE FUERZAS DE SEGURIDAD

1. Corresponde revocar la sentencia que admitió la pretensión atinente a que se incluya en el cálculo del haber de retiro el suplemento por “casa-habitación”, previsto en el art. 37, inc. f, de la ley 20.416, reglamentado por el decreto 1058/89, si la última función desempeñada fue en un cargo que no estaba contemplado entre los que tenían derecho a percibir el suplemento, sin que obste a la decisión el hecho de que el cargo se haya jerarquizado posteriormente al pase a retiro del actor.

–El Dr. Carlos S. Fayt remitió a su disidencia en la causa “Díaz, Guido Absalón”: p. 1304.

RIESGOS DEL TRABAJO

1. Corresponde admitir el planteo fundado en que la indemnización reconocida no repara integralmente a la viuda afectando la dignidad de la persona y el derecho de

propiedad, ya que la respuesta dada en el fallo con fundamento en que el reclamo se limitaba a las prestaciones reguladas en el art. 15 de la Ley de Riesgos del Trabajo y no en la reparación integral en los términos del derecho común no lo sustenta suficientemente y deja sin respuesta concreta al planteo de impugnación constitucional de la referida norma.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1433.

2. Corresponde rechazar la objeción a la postura del *a quo* que entiende que no es compatible el planteo de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Riesgos del Trabajo de la viuda con sustento en que su aplicación no reparaba integralmente el daño producido, ya que acoger dichas impugnaciones afectaría la ecuación económico financiera del contrato de seguro dado los diferentes objetivos que persiguen el sistema laboral y el común, y por ello la afirmación de la cámara de que dicha reparación integral solo podría haberse perseguido a partir de la atribución de alguno de los factores de imputación de responsabilidad establecidos en el Código Civil (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay): p. 1433.

ROBO

1. Si bien el robo de camiones que transportaban mercancías y la privación ilegal de la libertad –que además encuadraría en la figura de contrabando– tuvieron lugar en jurisdicción provincial, atento que de las constancias del legajo surge que las mercaderías que transportaban los damnificados, se encontraban sujetas al régimen de destinación de tránsito de importación, hallándose sometidas a control aduanero, frustrándose el adecuado ejercicio de las facultades legales de la aduana, cabe dar intervención a la justicia federal respecto de ambos delitos en razón de la unidad fáctica existente.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1812.

S

SALARIO

1. Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda iniciada por una ex agente contra el Estado Nacional por el cobro de diferencias salariales en concepto de “suplemento por jefatura” ya que si bien cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho determinado, debe considerarse que hay derecho adquirido, no corresponde aplicar dicha doctrina si la disposición –art. 74 del anexo I del decreto 993/91 según texto de la decisión administrativa 135/95– es clara en cuanto a que es necesario el dictado de un acto administrativo que apruebe la designación del suplemento y, por lo tanto, sea éste constitutivo del derecho.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 792.

SECUESTRO EXTORSIVO

1. Corresponde a los tribunales ordinarios locales asumir el conocimiento de la causa por secuestro extorsivo, pues habría sido en dicha jurisdicción el último lugar donde la víctima estuvo cautiva y ocurrió su liberación ya que no concurren en el caso las particularidades del precedente “Ramaro” (Fallos: 328:3963) –en el que se declaró la competencia federal– pues sin perjuicio del extenso tiempo de privación de libertad de la víctima y la modalidad utilizada para su cautiverio, de la lectura de los antecedentes no surge la participación de los imputados en otros hechos de similares características, ni que formaren parte de una organización delictiva que tuviera por finalidad la ejecución de otros secuestros de manera sistemática, con el consiguiente riesgo para la seguridad pública, o que pertenecieran a la fuerza policial, mostrándose el accionar como una conducta aislada.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1729.

SEPARACION DE PODERES

1. El principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto, lo cual resulta aplicable también a la jurisdicción de la Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común, de modo que en el ámbito que es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de dicho Tribunal, aun cuando de haber estado en aquel lugar hubieran preferido una solución diferente: p. 866.

T

TERCEROS

1. Corresponde admitir la intervención de la Confederación Indígena Neuquina en los términos de los arts. 90, inc. 1º y 91, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el propósito de que se rechace la demanda interpuesta y se declare la inconstitucionalidad del decreto 1184/2002 de la Provincia de Neuquén, si el planteo se subsume en el supuesto de intervención voluntaria previsto en la primera norma citada, que permite aceptar la participación de un tercero en el proceso sobre la base del interés que puede tener en la causa, reconociéndose así la intervención coadyuvante de quien aspira a impedir –mediante su colaboración en la gestión procesal de alguna de las partes originarias– un fallo que pueda obstaculizar el ejercicio práctico del derecho en virtud del cual se presenta, o que de alguna manera hará sentir su eficacia refleja en la esfera en la que actúa: p. 924.

TIPICIDAD

1. Dado el carácter estructural de la reforma introducida en la ley 26.200 –tipificación de los delitos más graves–, el mandato constitucional de certeza jurídica general –y en especial para la ley penal– y el orden de valores y consiguientes reproches por su lesión que emanan de la Constitución Nacional y del derecho internacional incorporado y no incorporado a ésta, se impone considerar que dicha norma opera como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella, y, por ende, en función del principio constitucional de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 91 in fine de la Convención Americana de Derechos Humanos), corresponde su aplicación a los hechos cometidos antes de su vigencia (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 866.

U

UNIFICACION DE PENAS

1. Tratándose de unificación de penas, no es admisible que se unifique la totalidad de la pena impuesta por el primer delito con la que le impone el tribunal por el segundo, sino sólo lo que resta cumplir de la primera con la segunda, puesto que no se puede reformar lo pasado y porque la parte de pena que se ha cumplido ha sido cancelada en el marco de completa e inobjetable legalidad (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 866.

INDICE DE LEGISLACION (*)

LEGISLACION NACIONAL	CODIGOS
TRATADOS	CODIGO CIVIL
CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	Art.
Art.	405: 1397.
8°, inc. 1): 1639.	509: 1817.
8°, inc. 2), ap. h): 796.	
	CODIGO PENAL
	Art.
	50: 1075
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS	CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION
Art.	Art.
14, inc. 5): 796.	146: 796.
	456: 1619.
CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	LEYES NACIONALES
Art.	11.683
12: 927.	Art.
	92: 935 (c).

(*) **NOTA:** El Indice de Legislación, que lleva las citas legales efectuadas por la Corte Suprema y la Procuración General en tanto aquélla remita, excluyendo las que sólo fueron invocadas por las partes, señala con la letra "c" las normas cuya constitucionalidad fue debatida.

23.077

Art.
-: 866.

23.515

Art.
-: 1759.

24.016

Art.
-: 828.

24.043

Art.
-: 1244.

24.240

Art.
-: 1088.

24.522

Art.
120: 1442.
124: 1442.

24.557

Art.
15: 1433.

24.767

Art.
-: 927.

24.946

Art.
54: 1152.
59: 1152.
493: 1152.
494: 1152.

25.156

Art.
-: 1088.

25.239

Art.
-: 935.

25.304

Art.
-: 927.

25.344	26.497
Art. -: 1218.	Art. 1º: 1467.
25.561	26.618
Art. 11: 1316.	Art. -: 1474.
25.675	DECRETOS NACIONALES
Art. 4º: 1849. 32: 1849.	8566/1961
25.725	Art. -: 1133.
Art. -: 1218.	9677/1961
25.877	Art. -: 1133.
Art. 20, inc. e): 1401.	644/1989
26.200	Art. 1º: 1133.
Art. -: 866.	2741/1990
	Art. -: 1657 (c).

1770/1991

Art.
-: 1354.

2284/1991

Art.
-: 1088.

473/1992

Art.
-: 828.

2744/1993

Art.
-: 1156.

2265/1994

Art.
1º: 1133.

137/2005

Art.
-: 828.

2789/2009

Art.
-: 1784.

LEGISLACION PROVINCIAL

BUENOS AIRES

LEYES

10.606

Art.
14, inc. e): 1279 (c).

12.573

Art.
-: 1088.

12.836

Art.
-: 1218.

13.613

Art.
-: 1446.

13.787	
Art.	
-: 1446.	
13.930	
Art.	
-: 1446.	
CHACO	
LEYES	
4923	
Art.	
-: 1325.	
	NEUQUEN
	DECRETOS
	1184/2002
	Art.
	-: 924.
	SALTA
	CONSTITUCION
	Art.
	15: 1784.
	SANTA CRUZ
	LEYES
	688
	Art.
	13, inc. b): 1235.



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.

INDICE GENERAL

Tomo 333

Volumen 2

	Pág.
Fallos de la Corte Suprema	777
Junio	777
Julio	1147
Agosto	1205
Septiembre	1723
Acordadas y Resoluciones	1883
Indice por los nombres de las partes.....	(1)
Indice alfabético por materias - A) Voces de Referencia	(5)
Indice alfabético por materias - B) Voces Principales	(43)
Indice de legislación	(93)



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ª QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2010
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.